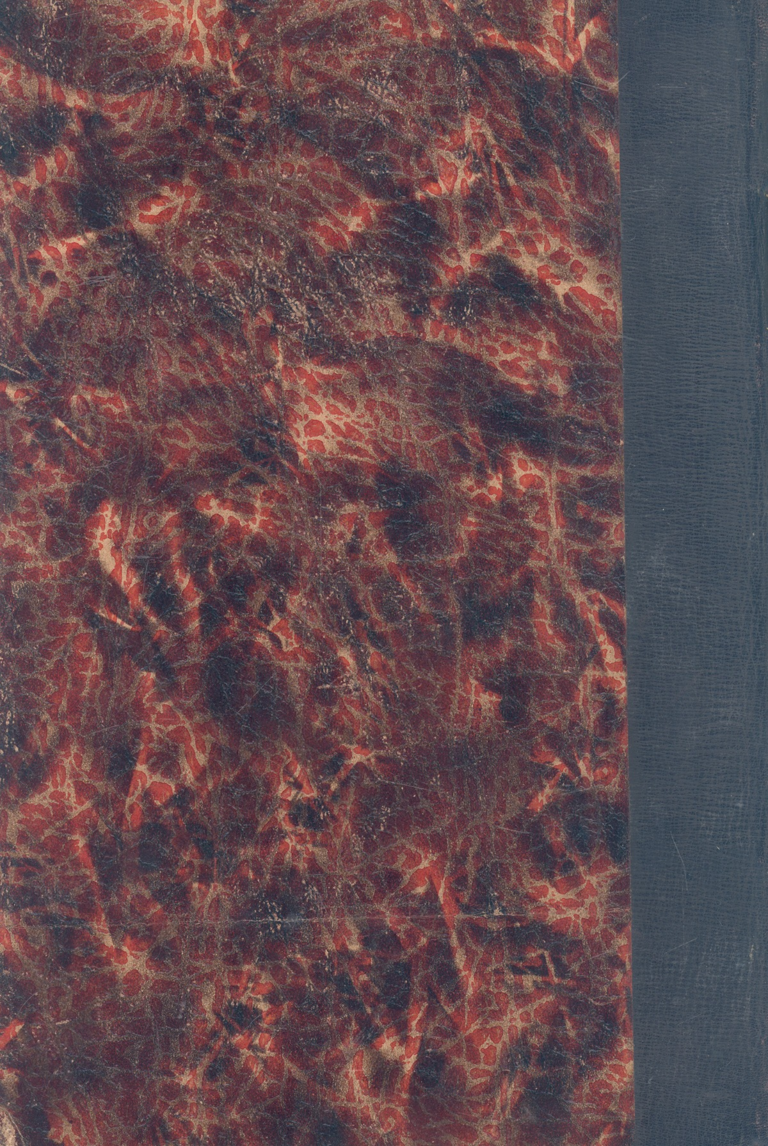
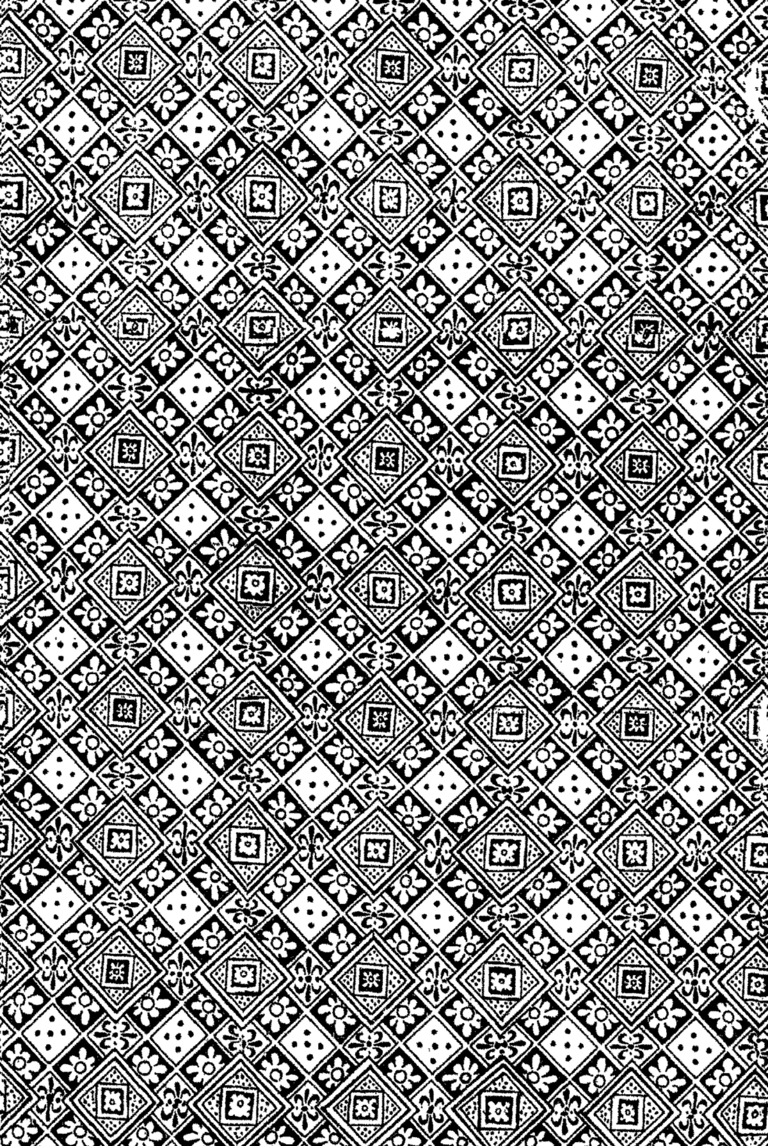
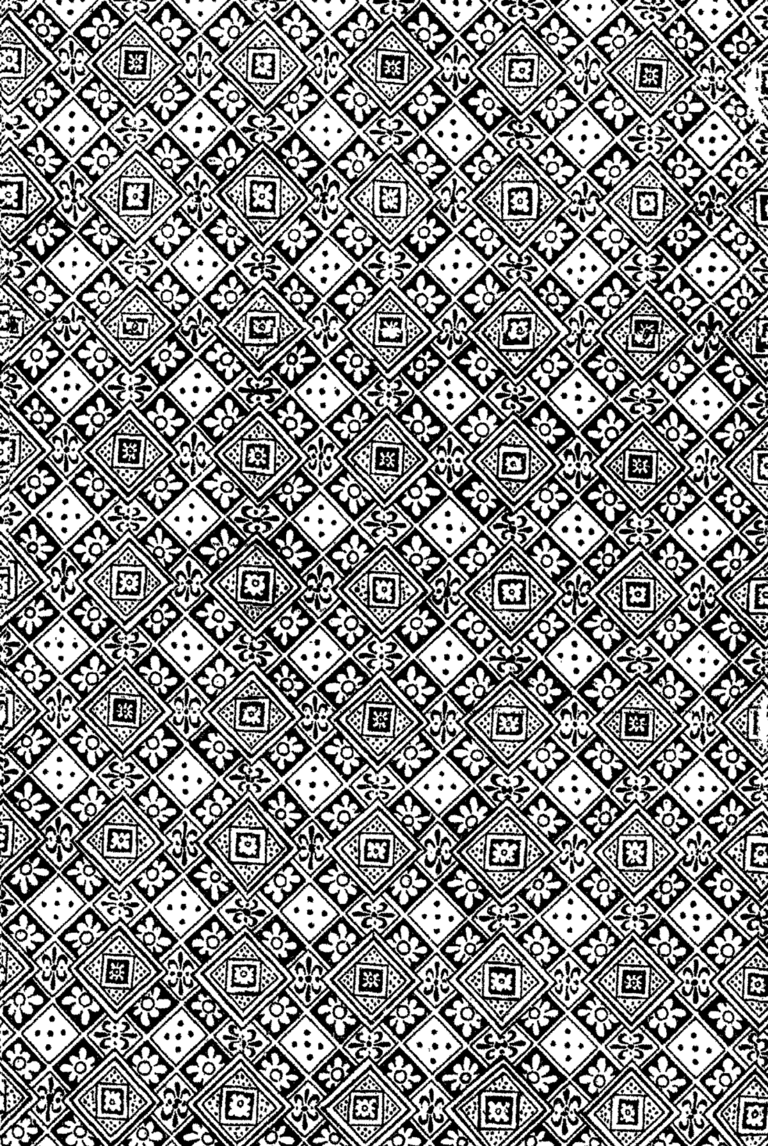






التسجيل

وحماية المتعاقدين والغير

وهي رسالة تشمل بوجه خاص المسائل الآتيـة : المعنى الصحيح « للالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل . — الشفعة والتسجيل والقضاء الاهلي والمختلط (وعلى الاخص « التكملة » الواردة بنهـاية الرسالة) . — وجهات النظر المختلفة في تقرير الآثار المترتبة على الاحكام الملغية للعقود في عهـد القانون المدني وقانون التسجيل . — خطورة المنطق البحت على الاصول القانونية . — تسجيل عرائض الدعاوى وما شاب المادة السابعة من قانون التسجيل من النقص والمذكرة الايضاحية من الاضطراب . — الروح العامة للتسجيل العصري بمصر

ان قوام الاصول القانونية ، الاعتبارات العملية والضرورات الاجتماعية . وللمنطق البحت خطورة كبرى على هذه الاصول

تأليف

الدكتور عبد السلام ذهني بك

مدرس القانون المدني والتجاري بكلية الحقوق بالجامعة المصريه
دكتور في الحقوق (العلوم القانونية) من كلية الحقوق بليون بفرنسا
دكتور في الحقوق (العلوم السياسية والعلوم الاقتصادية) من كلية الحقوق بليون بفرنسا
محام لدى محاكم الاستئناف

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة

ان التسجيل ، وهو نقل العقد كاملا بسجل خاص ، أو وضع أصل العقد بملف على حدة ، اعلانا للغير بما حف العقار من المخاطر العينية ، تصرفاً بالبيع أو الايهاب : ان التسجيل هذا هو من النظم القانونية التي ساورت الشارع فى كل مكان ، فجعلته يفكر فى معالجتها بطريقة تضمن حماية المتعاقدين والغير ، وبحيث تطمئن اليها المعاملات بين الافراد ، وتستقر فيها العقائد القانونية . ومع ان الباعث الأصلى لوضع نظام التسجيل يرجع للاعتبارات العملية ، وللضرورات الاجتماعية المتجددة ، فان المنطق البحت ، وقد ملك على شارحى قانون نابليون بحوثهم وقيدهم فيها بقيود من حديد وقتا ما ، قد أفسد شيئا غير قليل من الاصول القانونية التى يجب ان ترمى الى حماية المعاملات والى تقرير الطمأنينة فى العقائد القانونية عند المتعاملين . وقد بينا مبلغ خطر المنطق البحت فى تقرير الاصول القانونية بالشطر الاول من الرسالة ، فى عهد القانون المدنى ، وبالشطر الثانى منها ، فى عهد قانون التسجيل الجديد . وأوضحنا على ضوء الاعتبارات العملية ما ينتاب الناس من القلق ويتولاهم من الاضطراب اذا هم تركوا للمنطق البحت يعمل فى تقرير مصائر حقوقهم . وكشفنا الستار فى مواطن عدة من بحوث هذه الرسالة عن الاضرار البليغة التى تلحق المتعاقدين بالذات ، وتلحق الغير ، من جراء عدم مراعاة الاعتبارات العمليـة ، ومن جراء الانسياق وراء ضوء الاستقراء المنطقى الخلاّب . وانا لا زلنا نقول بان القانون لم يخرج عن كونه هو الآخر مظهراً من مظاهر الادوار الحيوية ، ويجب ان يسار فى تقرير اصوله طبقاً لما تخرجه التطورات الاجتماعية من الاحداث المختلفة ، وأن لا يخضع مطلقا للاستقراء المنطقى البحت ، الا بالقدر اللازم ، واللازم فقط ، فى تنظيم الاصول القانونية تنظيما منسجما ، أي خضوعا شكليا وليس خضوعا جوهريا موضوعيا

ولما كان نظام التسجيل هو الآخر أيضا يأخذ فى ميادين الحياة طريقا يتطور مع تطور الحركة الاجتماعية لكل بيئة ، ويتخذ شكلا من اشكال الوضع الخارجى بما يلتئم والضرورات الاجتماعية ، رأينا الخطر مجسما فيما اذا تركنا المنطق البحت يتطرق أيضا الى هذا النظام الجديد ، وليد التطور العصرى ، وابن الحاجة الماسة الحاضرة

لذا سارعنا الى وضع هـذه الرسالة ووجهتنا فيها تقرير الاصول القانونية تقريراً يتفق مع ماديات الحياة ، وحماية المتعاقدين والغير من مفاجآت المنطق البحت فيما اذا ترك هذا المنطق الجاف يتغلغل فى احشاء الاصول القانونية المستفادة من نظام التسجيل فيفسدها أفسادا

وكنا فى درس كل جانب من جوانب البحث نرجع الى الاصول القانونية التى يمكن التعرف عليها ، على ضوء الاعتبارات العملية ، فى عهد القانون المدنى أولا ، وفى عهد قانون التسجيل الجديد ثانياً . ولقد بانت لنا فى عرض الاستقراء والبحث عيوب لقانون التسجيل الجديد ،رأينا من اللازم ضرورة معالجتها لا من طريق المنطق البحت الخطر ، بل من طريق حماية المعاملات بين الافراد ، متعاقدين أو غيراً ، حتى تستقر الحقوق و يطمئن المتعاملون

وما كدنا نتم طبع الرسالة الا القليل من صحفها ، حتى وقفنا لآخر لحظة على حكمين من القضاء المختلط (حكما منشوراً أخيراً بالمجلات القانونية الدورية ، وحكما اطلعنا عليه نحن بقلم كتاب المحكمة لانه لمـّا ينشر بعد) أيدنا فى مجموعهما هذا القضاء فيما ذهبنا اليه ، بما يشير الى أنه قد يعدل عن رأيه الاول الذى تقدناه . لذا وضعنا فى آخر الرسالة « تكملة » ذكرنا بها المبادئ القانونية التى قررها الحكمان ، وقلنا كلمة نقد للحكم الثانى منها

وانا نأمل أن نكون قد وفقنا الى الادلاء بنصيبنا فى خدمة الحقائق العلمية بجانب ما يؤديه غيرنا من جهود كبيرة ومتاعب شتى . والله الموفق ؟

الزمالك فى ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٦ — عبد السلام ذهنى

مؤلفات المؤلف

١ — باللغـة العربيـة

أولا — الكتب :

١ — مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبـة الولاية العامة « الجزء الاول » مطبعة المعارف سنة ١٩١٤
٢ — مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبـة الولاية العامة « الجزء الثانى » مطبعة المعارف سنة ١٩١٥
٣ — المداينات أو الالتزامات « الجزء الاول . فى الادلة أو الاثبات » مطبعة المعارف سنة ١٩٢٢
٤ — المداينات أو الالتزامات « الجزء الثانى فى الادلة أو الاثبات » مطبعة هندية سنة ١٩٢٣
٥ — الالتزامات ، النظرية العامة ، مطبعة مصر سنة ١٩٢٥
٦ — فى الاموال : المنقولات والعقارات ، الملكية على اختلاف أنواعها ، الحقوق العينية العقارية والمنقولة المختلفة ، وسائل اكتساب الحقوق العينية ، وضع اليد والتقادم ، الشفعة وأحكامها ، شرح قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ ، الخ الخ . مطبعة الاعتماد سنة ١٩٢٦
٧ — فى التأمينات : ١) التأمينات الشخصية وهى الكفالة . — ٢) التأمينات العينية المنقولة والعـقارية وهى رهن المنقول والرهن العقارى غير الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز وحق الحبس .

ثانياً — المقالات :

١ — نهضة القـانون ، تضافر الفقه والقضاء ، العلم والعمل ، مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٣٩٨ — ٤١٢ ، المقال الأول سنة ١٩١٦ (لمناسبة ظهور كتاب شرح البيع لحلمى باشا عيسى سنة ١٩١٦)
٢ — مرافعات الدكتور أبو هيف ، الـكتاب البكر فى « فن القانون » ، بشائر رقى الفقه ، مجلة الشرائع السنة الرابعة ص ١ — ١٨ سنة ١٩١٦
٣ — فى اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات من الوجهة الفنية

القانونية والنظامية : Droit de l'évocation de l'action publique au point de vue de la technique juridique et du droit public interne مجلة الشرائع السنة السادسة ص ٢ — ٢٤ سنة ١٩١٨

٤ — فى المسئولية المدنية للافراد . لمحتان تاريخية وتشريعية . مجلة المحاماة السنة الثالثة ص ٣٧٥ — ٣٨٥

٥ — قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ والمبادئ القانونية المقررة من قبل . مجلة المحاماة ، السنة السادسة ض ٥٩٧ — ٦٢٩ سنة ١٩٢٦

ثالثاً — مذكرات لطلبة الحقوق وغيرهم :

١ — مذكرات فى القانون الرومانى . فى الاحوال الشخصية عند الرومان . سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣

٢ — مذكرات فى القانون الرومانى . فى نظرية الأشياء عند الرومان سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣

٣ — مذكرات فى القانون الرومانى . فى نظرية الالتزامات عند الرومان سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣

رابعاً — كتب تحت الطبع :

١ — القانون التجارى . الاعمال التجارية ، العقود التجارية على اختلاف أنواعها ، الشركات ، الخ الخ . . .

خامساً — كتب فى التحضير

١ — الجزء الثالث من كتاب مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة ، وهو القسم العملى القضائى

٢ — القانون الرومانى : نظرية الأشياء والأشخاص والالتزامات والمواريث وطرق المرافعات

٢ — باللغة الفرنسية

Du même auteur :

1.— **Abd El Salam Zohny.** La responsabilité de l'Etat égyptien- à raison de l'exercice de la puissance publique, Tome I, Georg Lyon, P. Geuthner, Paris, 1914.

2.— Même auteur, même titre, Tome II, mêmes Librairies.

3.— Le coton égyptien, son importance dans la vie sociale et économique de l'Egypte, Willefranche, 1921

﴿ بيان الرموز ﴾

الرمز	البيان
م ت ق ، ٣ ، ١٨	مجلة التشريع والقضاء المصريين Bulletin de législation et de jurisprudence égyptiennes المجلد ٣ صفحة ١٨ (ويرمز لها باللغة الفرنسية B. L. J.)
٣ ، ١٨	نريد بذلك المجلد الثالث والصفحة ١٨ من مجلة م ت ق. والمجلة هذه لا تنشر الا الاحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة
م ر ا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ ويرمز لها بالفرنسية B. O.
م ر م ، ٣ ، ١٨	المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte (ويرمز لها باللغة الفرنسية R.O.) المجلد ٣ صفحة ١٨
م ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	مجلة المحاماة المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠.
ش ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	مجلة الشرائع المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠
س ، ٩٨ ، ١ ، ١٨	مجلة سيرى Sirey الفرنسية سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨
د ، ٩٨ ، ١ ، ١٨	مجلة دالوز Dalloz الفرنسية سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨
جا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠	مجلة جازيت المحاكم المختلطة بمصر Gazette des tribunaux mixtes d'Egypte

الاختصار	المعنى
	المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠
ج ع ١ ص ١٨ ن ١٩	الجدول العشرى الاول للمحاكم المختلطة Table décennale صفحة ١٨ نبذة ١٩
ج ع ٢ ص ١٨ ن ١٩	الجدول العشرى الثانى الخ . . .
ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٩	« « الثالث «
استئناف	محكمة الاستئناف الاهلية بمصر
استئناف م	محكمة الاستئناف المختلطة باسكندرية
مجموعة جمال ج ١ ص ١٨ ن ١٩ .	كتاب القضاء المصرى الاهلى جمع وتأليف ابراهيم افندى جمال المحامى ، الجزء الاول ص ١٨ نبذة ١٩
مجموعة جمال ج ٢ ص ١٨ ن ١٩ . .	نفس الكتاب جزء ثان
مجموعة حمدى السيد مدنى ص ١٨ ن ١٩	مجموعة الأحكام الصادرة فى السنين العشر الاخيرة من سنة ١٩٠٧ — سنة ١٩١٧ تأليف محمد حمدى بك السيد القاضى ، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩
تعليقات جلاد مدنى ص ١٨ ن ١٩ .	كتاب التعليقات القضائية على قوانين المحاكم المصرية، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ تأليف جلاد بك
عياشى ص ١٨ ن ١٩	قضاء المحاكم الاهلية من ١٩٠٠ — ١٩٢٠ بقلم الاستاذين جورج روفائيل عياشى والياس روفائيل عياشى المحاميين بقلم قضايا الاشغال صفحة ١٨ نبذة ١٩
مرجع ٢ ص ١٨ ن ١٩	مرجع القضاء لواضعه عبد العزيز بك ناصر الجزء الثانى صفحة ١٨ نبذة ١٩

تمهيد

١ — للتعاقد آثار هامة على المتعاقدين وعلى الغير . ولها دوران اما أن تكون قائمة بقيام العقد واما أن تكون قائمة أيضاً مع زوال العقد بالانواع المختلفة للزوال سواء بالعدول أو الابطال . وهذه الآثار على اختلاف صنوفها هى تارة محكومة بالاصول المقررة بالقانون المدنى ، وطوراً بالاحكام المقررة بقانون التسجيل . وللآثار التعاقد دور هام على الاخص فيما يتعلق بالغير وحمايته . وذلك نظراً لاتصال الغير به اتصالا محكما بالمعاملات بين الافراد . ذلك الاتصال الذى شغل أدمغة المشرعين والمشترعين فى وضع أصوله وتقرير احكامه بما يضمن استقرار الطمأنينة والمعاملات وتوكيد العقائد القانونية لدى المتعاملين . والا اذا اضطربت هذه العقائد وتزعزعت فى مجالات التعامل المدنى والتجارى لكان فى ذلك تعطيل لحركة التعامل ، وهو ما يتعارض مع طبيعة الحياة واعتبارات العمران . لذا تنصرف جهود الباحثين تشريعاً وفقهاً وقضاء فى العمل على ضوء اعتبارات الحياة وضرورات الوجود . ولهذا السبب لا نطرق بحوثنا هذه فى طريق ضيق المسلك يضايقنا فيه جمود النص ونقص التشريع ، انما نسير فيها وراء ضرورات الحياة وطبيعة التعامل ، بحيث لا نرمى الا الى استقرار الطمأنينة فى مجالات العمل لدى الافراد . وبذا نستطيع القول بحق بأن التشريع وجد حتى يكون فى خدمة الانسان ، ولم يوجد الانسان حتى يكون فى خدمة التشريع كما لاحظ ذلك « بورتاليس[1] » أحد خطباء قانون نابليون . وان خيف فى بحوثنا جواز الخروج بعيداً عن منطقة النص والتعمل فى توسيع مجاله والاخذ به الى أكثر مما يقول به ، فلا ضير فى ذلك ، لانه ليس فى خروجنا عن منطوق النص بمعنى

---

(١) Portalis

التعارض معه ، اذ فى ذلك خروج عليه ولا محالة . ولكننا انما نخرج بعيداً عن منطوقه الى تلمس الحالات الاخرى التى لم يتناولها النص بالتصريح ، وعمدتنا فى ذلك روح التشريع ، وضرورة اقساط الحالات الاخرى هذه قسطها من الاحكام القانونية حتى لا تبقى معلقة فى فضاء التشريع وهى لا تعرف من أمر مصيرها شيئاً . ولما كان روح التشريع العام للقانون أو الخاص بمسئلة معينة هو عمدتنا فى تقرير ما لم يقرره النص فلا بد وأن تكون الاحكام التى سنقررها مطابقة حتما للحكم الذى أورده النص . وعلى ذلك لا خروج على النص ولا تعـارض معه . وكيف القول بالتعارض مع انسجام الاحكام وربطها جميعاً برباط روح التشريع ؟

٢ — هذا ولما كانت الاعتبارات العملية والمصلحة العامة هى مناط التشريع فى كل آن وبيئة ، فانا نرى من القصور العلمى قصر البحوث على ما أورده النص والوقوف عند منطوقه ، والنص جامد لا يتطور ، بينما الحياة هى كل يوم فى شأن . لذا لا نرى بداً من الباس نصوص التشريع لبوس الحياة العملية ، بما ليس فيه افتيات كما ذكرنا على سلطة التشريع ، مادام أنا لا نقول الا بما فيه الانسجام الـكامل مع روح التشريع ، وما دام ما نقول به لا يذهب فى طريق يتعارض مع النص القائم . قد يمكن أن يلحظ فى عملنا رغبة التجرأ على اختصاص المشرع ، والخروج فى الشرح عن دائرة الشرح ، أى شرح النصوص القائمة ، ولكننا لا نعمل فى ذلك على معارضة النصوص بل على تكميلها وسد النقص فيها . نعم ولو أن ذلك هو من عمل الشارع بالذات ، ولكن لما كان التشريع فى العصور الحاضرة كثير التعقيد ، وقد لا يتم صنع القانون الا بعد زمن ، وربما قد لا يتم صنعه بتاتاً ، فلا بد للقائمين بمهمة الفقه والقضاء أن يقرروا ما يرونه لازماً وفى حاجة ماسة حتى لا تضطرب المعاملات كما ذكرنا

٣ — هذا وقد عملنا فى بحوثنا هذه على جعل الكلمة الاخيرة للاعتبارات العملية، أى للمظاهر الحيوية للافراد، ولم نقسط المنطق البحت، وهو ذلك المنطق الجاف الموروث عند البيئات الحاضرة عن الرومان فى عصرهم الاول وعمن قام بعدهم وعلى الاخص فى

القرون الوسطى ، وعلى الاكثر فى العهد الاول للنهضة القانونية الفرنسية عقب وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ، وهو عهد التحليل المنطقى لنصوص القانون فحسب — قلنا لم نقسط هذا المنطق قسطاً هاماً قد يتعارض مع الاعتبارات العملية . اذ قد لاحظنا ان بعض الاحكام ويؤيدها اغلب رجال الفقه ممن كتبوا ودونوا فى القانون قبل نهضته الاخيرة المشبعة بالروح العملية ، قد غلبت عليه قيود ذلك المنطق وملكته أساليب الاستقصاء المنطقى ، فى دائرة ضيقة من وجهة النظر الواحدة ، فجعلته يجعل نص الشارع كأنه هو الذى يسوق الحياة ويكتسحها أمامه . ونرى نحن فى ذلك خطراً محدقا . وان كان صحيحاً ما لوحظ فى أول عهد التقنين الاوروبى (قانون نابليون سنة ١٨٠٤) ان الشارحين للقانون وقفوا به عند تحليل نصوصه ليس غير ، فقد يكون لهم العذر ، اذ التقنين من طريق التعميم كان حديثاً لم يكن مألوفاً ، وكانت الحياة العمرانية على اختلاف اشكالها بحيث تلتئم فى ضئولتها ونحافتها مع المجهود النظرى للباحثين اذ ذاك . واما وقد تغيرت الحال فلا يمكن معه الآن القول بان التشريع يكتسح أمامه الحياة العملية . بل الذى نراه العكس والشارع العصرى انما يجب أن يجرى وراء الاعتبارات الحيوية ، ويجب أن يلحق به فى نفس الطريق وبهذا الروح ، جماعة القائمين بمهمتى القضاء والفقه .

٤ — هذه هى الاعتبارات التى رأيناها فى بحوثنا هذه . ولقد قسمنا الموضوع الى قسمين كبيرين : القسم الاول يتناول البحث فى آثار العقد والعقد قائم سواء كانت الآثار هذه خاصة بالعاقدين أو بجماعة الغير ، وسواء كان ذلك فى عهد القانون المدنى ، أو فى العهد الحديث لقانون التسجيل الجديد . والقسم الثانى يتناول البحث فى آثار العقد بعد زواله . سواء كان الزوال بالعدول عنه برضاء الطرفين ، أو برغبة أحدهما كما فى حالة الايصاء ، أو كان الزوال بابطاله ، وسواء كان الابطال ابطالا مطلقاً أو ابطالا نسبياً ، أو بفسخه ، ومبلغ أثر ذلك بالنسبة للغير . وهنا غلّبنا الاعتبارات العملية على قيود المنطق الجامد الموروث عن الباحثين السابقين . ونظرنا فى آثار الزوال على الغير

فى عهد القانون المدنى وفى عهد قانون التسجيل . و بينا الفروق القائمة بين التشريع الاهلى والتشريع المختلط . وأفسحنا المجال فى تقرير الاحكام القانونية بما لم يقل به النص ، ولكن بما يأتلف مع روح التشريع ، وذلك فيما يتعلق بشرح المادة ٧ من قانون التسجبل الجديد

وها نحن أولاء نضع لكل حالة تفصيلا يرجع الى الاصول الاولى التى رسمناها كى تكون مناطاً لهذه البحوث

أثر العقد من حيث بقاء العقد قائماً

٥ — يتناول هذا البحث أمرين : الامر الاول أثر العقد بالنسبة للعاقدين . الثانى . أثر العقد بالنسبة للغير . ولكل منهما تفصيلات تفريعية

١) أثر العقد بالنسبة للعاقدين

٦ — وينقسم هذا البحث أيضاً الى قسمين : أثر العقد بالنسبة للعاقدين في عهد القانون المدنى . هذا أولا. وثانياً. أثرالعقد بالنسبة للعاقدين فىعهد قانونالتسجيل

١ — أثر العقد بالنسبة للعاقدين
فى عهد القانون المدنى

٧ — من أمهات الاصول القانونية أن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى وحكمها عام) فلا يجوز للطرف الواحد من طرفى العقد حق الانفراد بتعديل أو الغاء العقد . انما يجوز ذلك اذا اتفق الطرفان عليه معاً [١] وما دام انهما يملكان التعاقد فهما يملكان أيضاً عدم التعاقد . أى لهما أن ينقضا معاً ما أبرماه معاً . وأما الواحد وحده فما دام أنه لا يستطيع أن يقرر لنفسه بنفسه حقاً قبل شخص آخر، من حيث انشاء الحق ، فكذلك لا يستطيع الافتيات وحده على الحق المقرر للطرف الآخر قبله . اذ لا بد من التبادل فى الرضاء فى الحالتين ، الانشاء والتعديل

---

(١) distractus

٨ — واذا كان العقد شرع العاقدين فانه يترتب على ذلك أيضا ان أثره لا يتعداهما الى الغير الذى لم يكن طرفا معهما فى العقد المعقود بينهما . ويراد بالغير من كان أجنبياً عن طرفى العقد ، اى من اتصف بالأجنبية القانونية اللانيابية ، بحيث لا يعتبر ممثلا فى شخص أحد العاقدين . وعلى ذلك لا يعتبر من ذوى الصفة الاجنبية القانونية الخلفاء بوجه عام وهم الورثة والموصى اليهم ، والدائن العادى والخلف الخاص[1] الا انه نظرا لبعض الاعتبارات العملية تقررت استثناءات لقاعدة عدم نفاذ العقد على الغير فى الاحوال الستة الآتية : ١) أعمال الوارث الظاهر تسرى على الغير وهو الوارث الحقيقى — ٢) الوفاء الحاصل للدائن الظاهر حامل سند الدين نافذ على الدائن الحقيقى — ٣) تصالح أغلبية دائنى المفلس حجة على الآخرين — ٤) فى حالة النزاع فى الملكية العقارية يفضل من قدم سند تمليك صادر اليه أو الى المملك له وكان سابقا فى تاريخه على وضع يد المنازع له ، ولو أن هذا الاخير لم يكن طرفا فيه — ٥) عقود الادارة والاستغلال الصادرة من المستغل حجة على الغير ، كعقود الايجار الصادرة من المشترى وفائياً ، اذ تعتبر حجة على البائع عند استرداد هذا الاخير للعقار (المادة ٣٤٥ / ٤٣١ مدنى و ١٦٧٣ فرنسى — ٦) التعاقد للغير[2] ، اذ يجوز التعاقد لمصلحة الغير ، بمجرد أن يلتزم أحد المتعاقدين بالوفاء للغير ، ويصح هذا الالتزام باعتباره صادرا من شخص واحد ومقرراً لحق للغير . ويسمى من التزم بالوفاء بالمتعهد[3] ومن حصل الالتزام له بالمستفيد[4] ومن تعاقد مع المتعهد بالمتعاقد[5]

٩ — ولا تقف النيابة عند قيام الصفة النيابية القانونية لدى أحد العاقدين ، بل يجب أن يكون الغير وهو ذلك الاجنبى عن العاقدين ، قد اكتسب حقا عينيا

---

(١) الالتزامات لنا فى النظرية العامة ص ١٦٦ ن ١٧٨ وما بعدها

(٢) stipulation pour autrui (٣) promettant

(٤) bénéficiaire (٥) stipulant الالتزامات لنا ص ١٦٩ ن ١٨٠ وما بعدها — وص ١٧٨ ن ١٨٩ — الاموال لنا ص ١٠١٣ ن ٦٨٨ .

على الشيء محل التعـاقد بين العاقدين . والا اذا لم يتقرر هذا الحق فلا محل للقول بالغيرية حيث لا مصلحة من وراء ذلك . ولا تكون الغيرية الا اذا تصادم حملة الحقوق على شيء واحد وادعى كل منهما حق الاولوية على الآخر فيه . والتزاحم لا يقوم الا بين اثنين : الاول أحد طرفى العقد ، وهو الذى اكتسب بالتعاقد حقا عينياً على الشيء . والثانى هو الذى يدعى بان بالعقد المقول به افتياتاً على حقه المقرر له على الشيء ، سواء كان حقه مقرراً له برضائه مع المالك الاصلى ، أو بحكم القانون بالذات

ونرى قصر القول هنا على التعامل العقارى ؛ لأن التسجيل لا يتعلق الا بالعقارات وهو ما أردنا هنا قصر ابحاثنا عليه

١٠ — والتعاقد على الحق العينى العقارى يتم بمجرد حصوله أى بمجرد حصول الايجاب والقبول من الطرفين . ولا يحتاج العقد الى أى قيد آخر يتعلق بالأوضاع الشكلية . الا أن هناك عقوداً عينية عقارية لا بد فيها من بعض قيود ترجع للاوضاع الشكلية المعروفة عند جماعة الرومان . هذه العقود الحاضرة هى الهبة والرهن الغقارى غيرالحيازى . فاذا لم تلاحظ هذه الاوضاع الشكلية فلاينعقد العقد . ولا يملك العاقدان القوة القانونية فى خلق العقد . وانمـا يستحيل التعاقد فى بعض الاحيان الى تعويض يقضى به القاضى . ولا يملك القاضى الحكم بصحة العقـد من حيث الأثر القانونى المترتب له . لانه ليس فى مقدوره أن يجعـل حكمه يحل محل الاوضاع الشكلية التى يقررها الشارع من طريق التحتيم

١١ — واذا كان العقد من الجائز فيه أن يكون بالتعاقد العرفى أو الرسمى ، كعقد البيع مثلا ، واتفق الطرفان على ضرورة عمل عقد رسمى ، صح التعاقد أيضـاً ولو لم يتم بالتعاقد الرسمى ، اذ الحكم من جانب القضاء بصحة العقد كاف فى تقرير النتائج القانونية المرجوة من الرسمية (١)

---

(١) قارن الهلالى بك فى البيع ص ٥٦ ن ٩٣

٢ — أثر العقد بالنسبة للعاقدين

فى عهد قانون التسجيل الجديد

١٢ — انتهى الشارع المصرى أخيراً بوضع قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣رقم ١٨ و ١٩ وقرر فيه بالمادة الاولى بأن انشاء حق الملكية أو أى حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله لا يكون نافذ الاثر بين المتعاقدين ، ومن باب أولى بالنسبة للغير ، الا بالتسجيل ، بحيث لا يترتب على عدم التسجيل سوى تلك الالتزامات الشخصية الناشئة عن طبيعة العقد ، من المطالبة بالثمن أو المطالبة بتسليم العقار ، الى آخر ما هو مقرر فى الالتزامات الخاصة بكل عقد على حدة

ومن هذه المادة الاولى يرى أن الشارع المصرى أراد تقرير قاعدتين جديدتين لم تكونا معروفتين فى عهد القانون المدنى ، وهى قاعدة ان الملكية لا تنتقل بين المتعاقدين الا بالتسجيل . وقاعدة ان العقد غير المسجل تنشأ عنه التزامات شخصية . والقاعدتان متلازمتان مع بعضهما البعض ، بحيث يجب فى تعيين مرمى القاعدة الاولى مراعاة مرمى القاعدة الثانية ، حتى يلتقيا معاً فى نقطة واحدة . وذلك انا نقول بانه ولو كانت الملكية لا تنتقل الآن الا بالتسجيل ، فانا نريد بذلك الملكية الكاملة . واما عند عدم تسجيل العقد ، فانه وان كانت الملكية الكاملة لم تنتقل ، الا أن الملكية الحيازية الرومانية الاصل ، أو الملكية الناقصة ، تنتقل الى المشترى . وللملكية الكاملة وسائل معينة لحمايتها قبل المملك وقبل الغير . كما أن للملكية الحيازية وسائل معينة أيضاً قبل المملك وقبل الغير. أما قبل المملك فيرجع ذلك الى نظرية الالتزامات الشخصية المعينة بالمادة الاولى المذكورة . وأما قبل الغير فيرجع الى الغير المتواطئ ، وهو الغير سيئ النية

ونرى الآن أن نتكلم على الملكية الحيازية المستفادة من عدم تسجيل العقد ثم على الالتزامات الشخصية . والقاعدتان متماسكتان كما نرى

١ — التسجيل والملكية الكاملة والملكية الحيازية

١٣ — نريد بالملكية الكاملة ما يترتب للمشترى من حق الملكية الكامل عن تسجيل العقد . اذ بالتسجيل تنتقل الملكية الى المشترى وتزول عن البائع . ونريد بالملكية الحيازية أنه عند عدم تسجيل العقد وما يترتب على ذلك من عدم نقل الملكية الصحيحة الى المشترى ، فان المشترى برغم ذلك يصبح ذا حق معين بشأن العقار المبيع له . فله حيازته واستغلاله ، بل والتصرف فيه

وأما وقد أصبح التسجيل شرطاً ضرورياً لنقل الملكية فانه يترتب على ذلك أن العاقدين يصبحان ولا يملكان بمحض ارادتهما خلق الحق العينى العقارى ونقله أو تغييره . ولا يكفى التعاقد على ذلك فى انشاء الحق العقارى . بل لا بد من التسجيل باعتباره وضعاً من الاوضاع الشكلية الرومانية الاصل بحيث لا يملك العاقدان حق مساسه . ولا يملك القاضى أيضاً حق التقرير بانشاء أونقل أو تقييد الحق العينى العقارى كما رأينا ذلك بشأن العقود الرسمية (ن ١٠) . كل ذلك لان التسجيل أصبح من القيود الرسمية لصحة العقد . ولا تزول آثار العقد ، خلاف أثر نقل الملكية فى البيع مثلا ، بعدم التسجيل . بل تبقى آثار العقد قائمة . فيجوز كما قلنا للمشترى مطالبة البائع بتسليم العقار . وليس للبائع رد الدعوى بعدم انتقال الملكية ، لان البيع قائم مع عدم التسجيل وآثار البيع مأخوذ بها ، لان عقد البيع صحيح . وان كان لا يستطيع المشترى بدعوى المطالبة بتسليم العقار أن يصبح مالكا للعقار ، الا أنه يصبح له حائزاً . وكأ نا نلمح هنا بعث النظرية الرومانية المعروفة فى نقل الملكية الرومانية البحتة وفى تحايل البريتور الرومانى على حمايتها اذا لم تستكمل قيودها الرومانية . ذلك فى حالة البيع الرومانى البسيط ، من غير طريقة التبايع بالميزان والشهود[1] ومن غير طريقة التقاضى

---

(١) طريقة mancipatio

الصورى[١] بأن حصل التبايع بواسطة المناولة اليدوية [٢] فإن الملكية الرومانية البحتة [٣] أى الملكية الكاملة لا تنتقل فى هذه الحالة الى المشترى ، انما الذى ينتقل اليه هى الحيازة فيصبح المبيع فى حيازة المشترى[٤] أى تنتقل الى المشترى الملكية الحيازية [٥] كما كان يسميها الرومان أو الملكية الناقصة . ولما كان من المقرر عندهم أن للملكية التامة دعوى مقررة لحمايتها من عبث العابثين بها وهى دعوى تثبيت الملكية[٦] وأنه لا يمكن للملكية الناقصة الاستعانة بهذه الدعوى الا عند مضى المدة القانونية للتملك بالتقادم رأى البريتور القاضى الرومانى بو بليسيوس[٧] أن يفترض افتراضاً مجازياً أن المشترى قد تملك بالتقادم وأن مدة التقادم قد انقضت (وهى فى الحقيقة لم تنقض) واباح له اذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ، حق رفع دعوى تثبيت للملكية الناقصة [٨] حماية له من عبث العابثين بالملكية الحيازية هذه[٩] وذلك فيما اذا كان المنازع له هو غير البائع . وأما فى حالة ما اذا نازعه هذا الاخير فانه يدفع دعواه بالدفع المعروف « بدفع الشىء المبيع والمستلم بالمناولة اليدوية »[١٠] وهو أشبه بما يحكى فى الوقت الحاضر بقاعدة « من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه »

١٤ — اذا علم ذلك فلا محل للغرابة من القول فى أن المشترى غير المسجل وان كان لا يملك الملكية الكاملة التى تحكى الملكية الرومانيــة البحتة ، فهو يملك الملكية الحيازية التى قررها البريتور بو بليسيوس . وما دام أن للمشترى حقاً مقرراً على الشىء قبــل المملك له ، فهو فى حل حينئذ من المطالبة بأوجه الحماية حتى يستقر حقه لديه وحتى لا يتعرض له أحد وعلى الاقل المملك له . أما اذا تهدد حقه بالزوال

---

(١) طريقة in jure cessio (٢) traditio (٣) propriété quiritaire
(٤) in bonis (٥) propriété bonitaire (٦) revendicatio
(٧) Publicius (٨) la pubilicienne (٩) راجع كتابنا فى الاموال ص ١٠٠٨ ن ٨٦٤
(١٠) rei vendicatae et traditae

من طريق تقرير حقوق عينيـة على العقار للغير ، غير المتواطئ مع المملك له ، فانه لا يعتبر وقتـذاك أهلا للحماية ، لانه قصر فى التسجيل ، وعليه وحده تبعة تقصيره وأما اذا كان عدم التسجيل ناشئا عن فعل المملك له فان لنا فى ذلك وسيلة لحمايتـه نقررها له أخذاً بالقياس مع المادة ٧ من قانون التسجيل الجديد ، وذلك أن تسجل عريضة الدعوى حتى يكون الحـكم فى الدعوى سارياً على الغير من وقت تسجيل العريضة

هذا فيما يتعلق بقاعدة الملـكية الحيازية رومانية الاصل . والآن نتكلم على الالتزامات الشخصية المترتبة على عدم تسجيل العقد

ب — الالتزامات الشخصية والعقد غير المسجل

§ ١ — تمهيد تاريخى

١٥ — ان لطبيعة التشريع فى كل بيئة وزمان نزعة وقتية تأخذ بالشارع الى وضع قانونه بما يلتئم والميول الخاصة وبما يتفق مع ضرورات الحركة الاجتماعية المعينة . لهذا كان التشريع فى كل آن عرضة للتعديل . ومن المستحيل ان يظل قائما طول الابد دون أن تغشاه يد التحوير كما يقضى به دور التطور العمرانى

وكان الرومان فى عهد طفولتهم التشريعية ممن يأخذون بالأوضاع الشكلية والقيود الوضعية ، من الفاظ معينة تلقى وقت التعاقد ، ومن اشارات ورموز خاصة لا بد من التدليل عليهـا وقت الاتفاق الملزم . بحيث اذا لم يراع ذلك فلا التزام ولا دائن ولا مدين بالوجه العام ، فاذا لم يحصل البيع بطريق العلانية فى حفلة يحضرها ممثلو طوائف الشعب الخمسة ويقرع الميزان المنصوب وتلقى عبارات تبادلية عند وقوع البيع[١] فلا ينعقد العقد ولا تنتقل الملكية . ويبقى وقتئذ التعاقد الشفوى الابتدائى[٢] بلا أثر قانونى ملزم . وكان للالتزام القانونى على ذلك دوران . دور الاتفاق الابتـدائى . ولا أثر له من الوجهة القانونية . ودور التعاقد الملزم ، بالأوضاع الشكلية المعينة ، وفيه تنتقل

(١) وهو ما يسمى mancipatio (٢) pactum

الملكية . وكانت تنتقل الملكية هذه من طريق التقاضى الصورى والنزاع المجازى القضائى[1] بأن يتفق البائع مع المشترى على تصوير دعوى يدعى فيها المشترى ملكيته للمبيع فيقره البائع . ويصدر حكم القاضى باقرار الملكية للمدعى

ويغلب أن الغرض من العلانية والاوضاع الشكلية تأكيد نقل الملكية ، ليس فقط بين المتبايعين ، بل لحماية الغير أيضاً . بحيث تصبح هذه الاوضاع الشكلية أداة ضمان لحماية ارادة المتعاقدين . وفى ذلك يقول المشترع الالمانى المعروف اهرنج[2] ان لهذه القيود الشكلية عند الرومان بعض المزايا فى أنها لا تجعل لامر الارادة فى التعاقد محلا للشك ، بل هى تطبع العقد بطابع لا يستطيع معه الافلات من قوة أثره وصحته ، كما تطبع الحكومة العملة اثباتاً لصحتها [3]

ولما قطعت روما أشواطاً معلومة فى طريق المدنية وراجت أعمالها ونزحت اليها الجاليات الاجنبية وتنوعت صنوف المعاملات التجارية والمدنية ، عمل مشترعوها وفى طليعتهم البريتور الرومانى[4] على كسر أغلال القيود الشكلية وتحرير العقود نوعا ما من مضايقات الاوضاع العلنية

١٦ — ثم جاء الفرنسيس وهم فى تياراتهم التشريعية يحتذون النزعة الرومانية فى أواخر أيامها ، ورأوا من امارات العلانية ضرورة تسليم المبيع . ثم اكتفوا بضرورة ذكر شرط التسليم والتسلم[5] بالعقد بما يفيد حصول التسليم ، والحقيقة غير ذلك . وجاء أخيراً قانون نابليون وقرر بالمادة ١١٣٤ بأن العقد شرع المتعاقدين ، بمعنى أن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد عليها بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير . ووضع الشارع الفرنسى قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ وقرر به بان الملكية لا تنتقل بالنسبة للغير الا بالتسجيل ، التسجيل الشخصى باسم البائع[6] لا التسجيل العينى باسم العين المبيعة[7]

---

(١) in jure cessio (٢) Ihering

(٣) انظر كتابنا فى الالتزامات النظرية العامة ص ٦٧ ن ٧٠ (٤) préteur

(٥) dessaisine saisine أو veste déveste

(٦) transcription personnelle (٧) transcription réelle

ونقل عنه الاحكام هذه الشارع المصرى المختلط سنة ١٨٧٥ والاهلى ١٨٨٣

١٧ — ورأى بعض الدول الاجنبية عدم الاخذ بنظرية التسجيل الشخصى والاستعاضة عنه بالتسجيل العينى . فعلت ذلك المانيا بقانونها المعروف سنة ١٨٧٢ . وقرر هذا القانون الالمانى أن يكون التعاقد رسمياً ، وأنه يجوز للمشترى الذى استحال عليه الحصول على عقد رسمى بسبب عنت البائع ، أن يرفع دعوى ويحصل على حكم بصحة التعاقد فى ذاته ثم يسجل هذا الحكم ليقوم مقام العقد الرسمى (المادة ٨٧٣ من قانون التسجيل الالمانى الصادر سنة ١٨٧٢ . وهذا هام)

١٨ — هذا ومن أخص خصائص التسجيل العينى ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ، وأنه بحصول التسجيل لا يقبل العقد طعناً ما ، ولو ثبت أن البائع غير مالك . الا انه فى هذه الحالة يصح اعطاء تعويض للمالك الحقيقى يدفع له من رسوم التسجيل

§ ٢ — التشريع المصرى وحركة التسجيل

١٩ — ولم يشأ الشارع المصرى الا يشاطر أهل النقد خارج مصر فى نقدهم للتسجيل الشخصى ورغبته فى الأخذ بالتسجيل العينى . بل سارع هو الآخر فى اشهار حرب عوان على هذا التسجيل الشخصى . وفعلا قدم للجنة التشريع الدولى سنة ١٩٠٢ مشروعين ، أحدهما فى توحيد أقلام التسجيل بمصر لرفع شائبة تعدد أمكنة التسجيل لترويج المعاملات العقارية وتثبيت الثقة المالية . وثانيهما لتقرير نظام التسجيل العينى ، أى نظام السجلات العقارية . وأقرت اللجنة الدولية المشروعين بعد ادخال تعديلات هامة ، وانتهت منهما سنه ١٩٠٤ . وظل الشارع المصرى ساكتا حتى سنة ١٩١٧ فأعاد الكرة الى المشروعين ، وانتهى الامر بوضع قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ اهلى و ١٩ مختلط تمهيداً للاخذ فيما بعد بنظام السجلات العقارية [١] ، وقرر بالمادة الاولى منه بان الملكية (أو الحق العينى العقارى بوجه عام) لا تنتقل بين

---

(١) Livres fonciers

الطرفين الا بالتسجيل وانه « لا يكون للعقود غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين[1]

وما عتم ان عمل بهذا القانون من أول يناير سنة ١٩٢٤ حتى تضاربت الآراء فى تعيين مدى مرمى هذه المادة الاولى ، واختلفت فيما أثارته عبارة « الالتزامات الشخصية » من الابهام والغموض . وظهرت أوجه الخلف على الاخص أولا فى موضوع الشفعة ، فيما اذا كانت الشفعة جائزة فى عقد المشترى غير المسجل ، وثانياً فى موضوع النصب ، فيما اذا كان يعتبر نصباً معاقباً عليه بالمادة ٢٩٣ عقوبات بيع البائع للعقار مرة ثانية بينما المشترى الاول لم يسجل . وأخيراً فى موضوع ما اذا كان قد يجوز للمشترى بتعاقد شفوى ، أو بتعاقد كتابى غير صالح للتسجيل لنقص فى شرائطه الشكلية ، حق مقاضاة البائع للحصول على حكم يقوم مقام العقد الكتابى ، ثم تسجيل الحكم ذريعة لنقل الملكية

فقال مذهب بأن لا شفعة ولا نصب ولا حكم لتسجيله . وحجته ان العقد غير المسجل يستحيل فقط الى تعويض ، لان ذلك هو المقصود من عبارة « الالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل ، ومن المستحيل المطالبة بالعقار ملكيةً أو تسليماً ما دام العقد لم يتسجل

وقال مذهب آخر بعكس ما قرره المذهب الاول وأجاز الشفعة والتقاضى للحصول على حكم لتسجيله وأجاز النصب (فى حالة التواطؤ التدليسى[2] بين البائع والمشترى الثانى المسجل قبل المشترى الاول) وحجته أن « الالتزامات الشخصية » لا تستحيل الى تعويض حتما . انما هى تنصرف الى الالتزامات التى تنشأ عن طبيعة العقد المعقود بين الطرفين . فان كان بيعاً ، التزم البائع بتسليم العقار ، والتزم المشترى بدفع الثمن ولو كان العقد غير مسجل . وذلك كله لان قانون التسجيل لم يعمل للافتيات على أحكام البيع الا فيما يتعلق ، ويتعلق فقط ، بحكم نقل الملكية . وأما الاحكام الاخرى

(١) obligations personnelles   (٢) Concert frauduleux

المقررة فى البيع فهى قائمة ومقررة بالقانون المدنى ، ولا بد من الأخذ بهما فى مواطن قانون التسجيل الجديد ، وأنه يجب حصر مفعول هذا القانون الجديد فيما يختص بمسألة واحدة ، وهى مسألة نقل الملكية ليس غير

وانا لا نقر المذهب الاول ، ونأخذ بالمذهب الثانى . ونرى الادلاء ، بعد التمهيد السريع التاريخى الذى أوجزناه هنا ، بالادلة القائمة على عدم صحة المذهب الاول ، وعلى تناقضه مع الاعتبارات العملية ، والاصول القانونية ، ومع الاعتبارات التاريخية التى لمحنا اليها تلميحاً

§ ٣ — الالتزامات الشخصية الناشئة عن طبيعة العقد

٢٠ — ان الادلة القائمة على صحة المذهب الثانى الذى نقول به هى ما يأتى :

١) لقانون التسجيل الجديد مذكرة ايضاحية وردت بها الاعتبارات التى عول فيها الشارع على وضع القانون(١) وأشير بهذه المذكرة الى مسائل تاريخية والى مسائل علمية فنية بحتة

والمسائل التاريخية هى أن الشارع أراد بالقانون الجديد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية ، أى التسجيل العينى ، ذلك النظام الذى تقرر مشروعه لدى اللجنة الدولية سنة ١٩٠٤ وهو مأخوذ عن النظام الالمانى الموضوع سنة ١٨٧٢ وعن الانظمة الاخرى الاجنبية

وقد لاحظنا أن المادة ٨٧٣ من قانون التسجيل العينى الالمانى الموضوع سنة ١٨٧٢ تقرر بأنه يجوز الحصول على حكم لتسجيله اذا استحال عمل عقد رسمى فى مصلحة المشترى . وقررت المادة ١٧ من مشروع السجلات العقارية المصرى بأنه لا بد فى العقد القابل للتسجيل أن يكون رسمياً (٢) بحيث اذا انعقد التعاقد عرفياً فلا أثر له

---

(١) وهى منشورة باللغة العربية بمجلة المحاماه المجلد ٣ ص ٤٥٧ وما بعدها . وباللغة الفرنسية بمجلة جازيت المحاكم المختلطة المجلد ١٣ ص ٨٢ وما بعدها (٢) authentique

مطلقاً لا من حيث نقل الملكية ، ولا من حيث التعويض ، حتى لو كان التعويض متفقاً عليه بالعقد ، أى لو كان هناك شرط جزائى . وقد عارضت الحكومة وقتئذ كبير معارضة فى هذا النص[1] ولما جاء شارع ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ لم يشأ مطلقاً الأخذ بتلك القاعدة القاسية ، وعالج قسوتها فى موضعين : أولا ، فى أنه لم يقرر رسمية العقد بل أوجب المصادقة على توقيع المتعاقدين (المادة ٦ من قانون التسجيل) . وثانياً انه لم ينزع عن التعاقد العرفى ، غير المسجل ، المصادق عليه أو غير المصادق عليه ، أثره القانونى من حيث الالتزامات التى تنشأ عن طبيعة العقد . هذه هى الاعتبارات التاريخية

وأما المسائل العلمية الفنية البحتة فانه رأى أن ليس من المنطق أن يكون عقد التمليك نافذاً على الكافة[2] وحجة على الجميع ، بينما لا يكون نافذاً على الغير الا اذا تسجل . فكأن العقد غير المسجل نافذ على الكافة وغير نافذ عليها

والمستفاد من الاعتبارات التاريخية والفنية أن الشارع لم ينزع عن التعاقد ، شفويا كان أو كتابيا أثره ، القانونى بين الطرفين . ويجوز لكل منهما حق مطالبة الآخر بما اشتغلت به ذمته من الالتزامات الشخصية فيما يرجع لطبيعة العقد المعقود بينهما . بحيث لا يتحول هذا الالتزام الشخصى الى مجرد تعويض الا فى حالة استحالة تنفيذ الالتزام الشخصى . واما مادام الالتزام الشخصى قائما ويمكن تنفيذه ، فلامحل للمطالبة بتعويض . اذ المشترى يعتبر دائناً بالالتزام الشخصى الاصلى ، فله المطالبة به . أو دائناً بالتعويض عند استحالة تنفيذ الأول . والخيار للدائن لا للمدين (أنظر المادة ١٢٣/٩٨ مدنى)[3]

٢) المستشار برناردى[4] مشترع ايطالى معروف اشتغل بالقضاء المصرى المختلط

---

(١) انظر كتابنا فى الاموال ص ٨٦٩ ن ٥٩٤ وما بعدها (٢) egra omnes
(٣) كتابنا فى الالتزامات ، النظرية العامة ص ٢٨١ ن ٢٩٢ وص ٢٨٢ ن ٢٩٣
(٤) Bernardi

من وقت انشائه سنة ١٨٧٦ . وتركه ثم عاد اليه ثم تركه أخيرا سنة ١٩٢٣ . وقد اشتغل بكل لجنـة تعين لوضع نظام السجلات العقارية [١] وقد كان عضواً باللجنة الخاصة التي وضعت قانون التسجيل الحاضر ، وهو الذى حرر مشروع ذلك القانون ، وهو بنفسه واضع المذكرة الأيضاحية . ولقد قرر هذا المستشار باللجنة الخاصة بمحضر جلسة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ « بان العقد غير المسجل لم يخرج عن كونه وعدا بالالتزام بنقل الملكية . . . . . والا حكم على البائع بالتعويض » [٢]

وقرر المستشار الملكى « بيولا كازيلى » أحد أعضاء اللجنة بنفس الجلسـة ما يأتى « . . . . ان الملكية لا تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير الا بالتسجيل . على أن مجرد اتفاق الطرفين يجعل المشترى الظاهر [٣] بمثابة دائن ، لا يجوز له فقط حق المطالبة بتعويض عند عدم حصول العقد رسمياً، بل يجوز له حق رفع دعوى للحصول على حكم يحل محل العقد الرسمى ويجوز تسجيله » وقرر المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى أحد أعضاء اللجنة بالجلسة نفسها « أن يترك الامر فى الفصل فى هـذه المسائل الى القضاء »

والمفهوم من اقرار هذين العضوين الاولين صاحبى الأثر الفعـلى فى وضع قانون التسجيل أن العقد غير المسجل ، لا تنتزع عنه آثاره القانونية من حيث الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد . فان كان العقد بيعاً وجب اعتبار البائع واعداً بالبيع . والوعد بالبيع بيع . واذا تعذر أو استحال على المشترى تسجيل العقد لنقل الملكية اليه جاز له رفع دعوى بصحة التعاقد وتسجيل الحـكم

فهـل يتفق ما قرره محضر و القانون مع القول بأن العقـد غير المسجل يستحيل فى الحال الى تعويض ؟ وكيف يستحيل العقد غير المسجل الى تعويض ، مع أنه من

---

(١) راجع محاضرته فى قانون التسجيل الجديد بمجلة مصر الحديثة سـنة ١٩٢٢ بالمجلد ١٣ ص ١٧٣ — ٢٠٨ وعلى الاخص ص ١٧٣ — ١٧٥ (٢) لم تنشر محاضر جلسات هذه اللجنة . ولكن اطلعنا عليها شخصيا بوزارة الحقانية (٣) acquéreur apparent

الممكن الحكم على البائع بتمكين المشترى من الاستفادة من عقد البيع ، باعتبار المشترى مشترياً ، والبائع بائعاً ؟ واذا كان للمذهب الاول الذى نعمل على نقضه الآن من أساسه سند بالاعمال التحضيرية لقانون التسجيل ، لقرر محضروه عدم جواز رفع دعوى للحصول على حكم لتسجيله ، ولقرروا قصر الدعوى على المطالبة بتعويض ، وبالتعويض فقط

٣) ورد بالمذكرة الايضاحية تأييداً لما قرره « برناردى » و « بيولا كازيلى » أن البائع ملزم بتمكين المشترى من التسجيل[1]، وهل يتفق هذا القول مع المذهب الاول القائل باستحالة العقد الى تعويض ؟ لانه ان قيل باستحالة العقد الى تعويض، لما كان هناك محل للقول بالزام البائع من تمكين المشترى من التسجيل

٤) ان عدم التسجيل لا يرفع عن العقد كيانه القانونى والآثار الملزمة المترتبة عليه . فعقد البيع قبل التسجيل بيع صحيح ملزم . وأحكام البيع مأخوذ بها حتما . انما يعتبر العقد غير المسجل غير ناقل للملكية . ولكنه أداة صالحة لنقلها اذا تسجل . ولا يمكن القول بانه قبل تسجيله مقرر لتعويض فقط . مع القول بانه صالح لنقل الملكية بالتسجيل . لأن التسجيل لا يصيب الا العقود الصالحة لنقل الملكية . وأما اذا كانت متعلقة بمجرد تعويض ، فلا يصيبها التسجيل ، كما قررنا ذلك

فاذا اشترى المشترى العقار وتسلمه فهل يمنع البائع من مقاضاته بالثمن لمجرد أن عقد البيع لم يتسجل ، والتسجيل كما هو معروف من شأن المشترى الحائز للعقد المعد والصالح للتسجيل ؟ وهل يجوز القول هنا باستفادة المشترى من اهماله أو من باب أولى من عنته ، فلا يسجل حتى يفوت حق البائع عليه ، فلا يستطيع البائع مطالبته بالثمن لعدم انتقال الملكية ؟

ان لهذا المذهب أخطاراً تلحق المعاملات ، وافتياتاً على الاصول القانونية العامة ؟

---

(١) ص ٤٦٠ العامود الثانى فى أوله من مجلة المحاماة المذكورة

أما الاخطار فانه يكفى أن يعطل المشترى عملية التسجيل بفعله هو ، أو يعطل البائع عمليـة التسجيل لدى المشترى ، حتى يستحيل العقد غير المسجل الى مجرد تعويض ، مع أن الغرض الذى رمى اليه الطرفان انما هو البيع ؛ البيع لاالتعويض . فاذا روعى المذهب الاول لوقف دولاب المعاملات

وأما الافتيـات على الاصول القانونيـة ، فانه بالمذهب الاول تزول الالتزامات الناشئة عن العقد الاصلى لمجرد عدم تسجيله و يزول البيع ، أو يزول بوجه عام عقد تقرير الحق العينى العقارى ، وتبطل البيوع لمجرد عدم تسجيلها ، و يتسلط كل من المشترى والبائع على الآخر فى أن يفوت عليه مزايا العقد لمجرد أن يمتنع عن التسجيل ان كان مشتريا ، أو لمجرد أن لا يمكن البـائع المشترى من التسجيل ان كان بائعاً متعنتاً . أو لم يقل محضرو القـانون أن المشترى دائن للبـائع بالالتزامات الشخصية الناشئة عن العقد ، وأن هذا المشترى فى حل من مطالبة مدينـه البائع بالوفاء بمـا التزم به ؟ واذا كان المشترى دائنـاً بالالتزام الاصـلى الناشئ عن البيع ، فله قانوناً و بداهة الحق بالمطالبة بهذا الالتزام . ولا يتحول هذا الالتزام الى تعويض الا اذا استحال الوفاء بالالتزام الاصلى ، لان الاصل فى الوفاء أن يكون بنفس ما التزم به الملتزم[1] وهو ما يسمى بالتنفيذ المباشر أى التنفيذ بالحق ذاته المعقود عليه[2]

٥) ان فى القول باستحالة العقـد غير المسجل الى تعويض ، وفى حصر حق المشترى فى دائرة المطالبـة بالتعويض فقط ، قولا يذهب بالاغراض الاجتماعيـة والاقتصادية المرجوة من المعاملات بين الافراد . اذ ماذا يستفيد المشـترى ، وعلى الأخص ان كان شخصاً معنوياً كشركة مدنية أو تجارية أو جمعية أدبية أو سياسية أو مجلس بلدى أومجلس مديرية ، من القضاء له بتعويض فى الوقت الذى قد اشترى فيه العقار ليجعله مدرسـة أو مصنعا أو مستشفى أو مستوصفا ؟ أليس يفوت الغرض المرجو من الصفقة اذا ما أفلت العقار من المشترى ، أليس الضرر محققاً ؟ أليس فى ذلك

(١) كتابنا فى الالتزامات ، النظرية العامة ص ٢٥٠ ن ٢٦٧
(٢) الالتزامات ص ٢٦١ ن ٢٧٥

تضحية للمعاملات الحيوية المحسة ، من أجل المنطق ، ذلك المنطق الذى يقول بأنه ما دام العقد لم يتسجل فلا الملكية عن البائع زالت ، ولا الملكية للمشترى انتقلت ، بل هناك حق بتعويض و بتعويض فقط ؟ وهل من العمران ، والقانون مظهر من المظاهر العمرانية الشتى ، أن تداس المعاملات فى خدمة المنطق ؟ أوليس من العمران ان يوقف المنطق على خدمة الانسان ؟

٦) ان فى قصر حق المشترى على مجرد المطالبة بتعويض خطراً محدقاً به أيضاً من جانب آخر . لانه يجوز أن لا يجد شيئاً ينفذ عليه وفاء بالتعويض الذى يحكم به ، بعد أن يكون البائع قد تصرف فى العقار لمشتر ثان قد سجل هذه المرة عقده ، وينفذ عقد المشترى الثانى المسجل حتما على المشترى الاول الذى لم يسجل عقده لعدم وجود عقد لديه قابل للتسجيل طبقاً للشروط الشكلية المقررة بقانون التسجيل . أما اذا قلنا بالمذهب الثانى الذى نأخذ به فانه يجوز للمشترى غير المسجل الحق فى رفع الدعوى بطلب تسليم العقار والحكم بصحة التعاقد ، ثم تسجيل الحكم فيما بعد . واذا خاف تصرفاً من جانب البائع اضراراً به ، فما عليه الا أن يسجل عريضة الدعوى ، أخذاً بالقياس بالمادة ٧ من قانون التسجيل ، حتى يقطع خط الرجعة على البائع ، وحتى يكون التسجيل ايذاناً للمشترى الثانى بأن هناك نزاعاً قائماً على العقار .

٢١ — وربما يقول أصحاب المذهب الاول ، ولعلهم قالوه ، ان للمشترى الاول الحق مع ذلك فى الطعن فى عقد البيع الثانى اذا حصل هذا البيع اضراراً بالمشترى الاول غير المسجل ، اذ يعتبر هذا المشترى الاول دائناً ، وأن البائع قد أراد بتصرفه الثانى هذا الحاق الضرر بذلك الدائن . أى أن للمشترى الاول حق رفع دعوى ابطال تصرفات المدين[1] وهى الدعوى التى يبطل بها العقد الثانى المسجل . ولكن فات أنصار هذا المذهب الاول ، أنه مع نجاح هذه الدعوى لا يدخل العقار ، طبقاً لمذهبهم ، فى مال المدعى ، وهو المشترى الاول . انما يدخل فى مال المدين وهو البائع ، و يتزاحم الدائنون

---

(١) action paulienne أى action révocatoire

على اختلاف صنوفهم على اقتسام ثمنــه اقتساماً نسبياً لديونهم (وهنلك رأى قضائى فرنسى يقول بعدم تزاحم الدائنين فى حالة نجاح دعوى بطلان التصرفات) [١] وتنفذ المزاحمــة بلا خلاف على الاخص فيما لو دخل الدائنون الآخرون خصوماً فى دعوى الابطال[٢] . وفات أنصار المذهب الاول أن نجاح دعوى الابطال متوقف على شرطين هامين : أولهما : اعسار المدين البائع . ثانياً : سوء نية المشترى الثانى . أما الاعسارفالامر فى اثباته ليس من السهولة بحيث يطمئن المدعى الى النجاح فيه . وأما سوء النية ، وهو علم المشترى الثانى باعسار البائع و بتهريبه للعقار ، وعدم ضرورة اشتراط التواطؤ التدليسى[٣] بينهما[٤] فهو ليس بالامر الهين على المدعى ، والاخفاق فى اثباته ليس عليه ببعيد ، وعلى الاخص اذا لاحظنا أن المادة الاولى من قانون التسجيل قد قضت على نظرية سوء حسن النية وما اكتنفها من الاشكالات والآراء المتناقضة ، ولكنها لم تقض ، فى نظرنا على الاخص ، على التواطؤ التدليسى الهادم للعقود والمبطل لها

ولمــاذا التحايل على هذه الدعوى ، دعوى الابطال ، واعتبارها أداة للمشترى الاول غير المسجل ، مع أنه ان نجح فيها فلا يصل الى حقه كاملا باعتباره تعويضاً . أليس هناك طريق قصير يلجأ اليه هذا المشترى الاول وهو الذى نقول به ، وهو حق المطالبة بما التزم به البائع ، أى تسليم العقار ، والعمل على تمكين المشترى من التسجيل ؟ ان ما نقول به يتفق مع الاعتبارات العمليــة ، ومع المنطق القانونى المؤسس على الاصول القانونيــة ، ومع روح قانون التسجيل . وهو الروح المستفاد من الاعمــال التحضيرية ، ومع ما قرره نفس محضرى القانون .

٢٢ — وما دام ان الغرض من الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الاولى من

---

(١) انظر الالتزامات لنــا ص ٣٥١ ن ٣٥٨ — قارن مع ذلك استئناف م ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ مجلة التشريع والقضاء المختلط المجلد ٣٠ ص ٩٤. — واستئناف م ١٠ يناير ١٩١٦ المجلة نفسها المجلد ٢٨ ص ١٢٢ . واستئناف اهلى ٩ ديسمبر ١٩١٣ مجله الشرائع المجلد الاول ص ١٨٣ رقم ٣٢٧ (٢) الالتزامات ص ٣٥١ ن ٣٥٨ . (٣) concert frauduleux

(٤) الالتزامات لنا ص ٣٣٦ ن ٣٤٢

قانون التسجيل ، انما ينصرف الى الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد ، بيعاً كان أو غير بيع ، فانا نرتب على هذه القاعدة الاحكام الآتية ، وهى الاحكام التى تستند فى تقريرها الى أن للمتعاقد مع المالك الاصلى حقاً يتقرر بذمة هذا المالك ، وينصب هذا الحق على العقار محل التعاقد . وتسمية هذا الحق بالحق الشخصى البحت أو بالحق العينى ، أو بحق خاص بطبيعة خاصة [١] سواء ، ما دام ان لمكتسب الحق حالة مكتسبة مقررة له قبل المالك الاصلى [٢] ، كما يقول بذلك العميد دوجى [٣] فى نظرياته المختلفة التى عالج بها اصول القانون العام بمحاضراته بكلية الحقوق المصرية ، أو بكتابه المطول فى القانون الدستورى ، بالطبعة الاخيرة سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٥ . وأما هذه الاحكام فهى :

١ — يجوز للمشترى رفع دعوى بطلب الحكم بصحة التعاقد ، ثم تسجيل هذا الحكم

٢ — اذا لم يرض البائع بالحضور أمام الموظف الحكومى للمصادقة على توقيعه طبقاً للمادة ٦ من قانون التسجيل الجديد ، جاز للمشترى رفع دعوى تحقيق التوقيع طبقاً لقانون المرافعات (المادة ٢٥١ وما بعدها) ثم يقدم العقد مع حكم صحة التوقيع لقلم التسجيل

٣ — ما دام ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ، وان التسجيل بالنسبة لنقل الملكية أصبح من الاوضاع الشكلية [٤] فلا يملك القاضى الحكم بتثبيت الملكية ، انما يحكم بصحة التعاقد

٤ — للمشترى الذى لم يكن بيده عقد كتابى صالح للتسجيل ، الحق فى رفع دعوى بطلب الحكم بصحة التعاقد ، سواء لم يكن بيده الاورقة مبدأ دليل بالكتابة ، أو كان التعاقد شفوياً بحتاً . وتراعى احكام الاثبات المقررة بالقانون المدنى من حيث

---

(١) sui generis (٢) situation acquise
(٣) Duguit (٤) fromalisme

جواز الاثبات بالقرائن والشهادة واليمين والاقرار الخ .

٥ — للبائع المطالبة بالثمن ولو لم يسجل المشترى عقده

٦ — هلاك العقار على المشترى غير المسجل اذا حصل التسليم اليه

٧ — لتسجيل العقد أثر رجعى يرجع لتاريخه ، على شرط عدم الاضرار بحقوق مكتسبة للغير بلا تواطؤ تدليسى مع المالك الاصلى

٨ — العقد غير المسجل لا يعتبر سبباً صحيحاً معداً للتمليك بالتقادم القصير الخمسى

٩ — للدائن المرتهن رهناً حيازياً عقارياً حق مطالبة المدين الراهن بتسليم العقار ، ولو كان عقد الرهن غير مسجل

١٠ — الوعد بالبيع قابل للتسجيل . واذا لم يتسجل جاز للمشترى المطالبة بالتسليم ، وطلب الحكم بصحة التعاقد وتسجيل الحكم ، وهكذا بكل ما قررناه للمشترى بعقد كامل

١١ — للشركة على الشريك الذى التزم بتقديم عقار بمثابة حصة له بمال الشركة الحق فى مطالبته بالعقار ، ولو كان عقد الاتفاق غير مسجل . والهلاك على الشركة ولو لم يحصل تسليم ، وكان الشريك غير مخطىء

١٢ — للمتخارج اليهم حق مطالبة المتخارج بتسليم العقارات ، مع عدم تسجيل عقد التخارج

١٣ — للمالك على الشيوع حق استرداد الحصة المبيعة ولو لم يسجل المشترى عقده أو لم يسجل المالك على الشيوع عقده أيضاً

١٤ — للدائن الذى رضى باستلام عقار من مدينه فى مقابلة دينه (١) ، حق مطالبته بالتسليم حتى ولو لم يتسجل عقد الاتفاق بالوفاء عينا

١٥ — الشفعة جائزة فى عقد المشترى غير المسجل ، و بعقد البائع غير المسجل أيضاً

١٦ — البيع ثانياً مع تواطؤ تدليسى بين البائع أولا والمشترى ثانياً ، عمل

---

(١) dation en paiement

جنائى مؤاخذ عليه بالمادة ٢٩٣ عقوبات باعتباره نصباً

هذه هى الاحكام التى تعتبر نتيجة حتمية للمذهب الثانى الذى قلنا به . وهى وان كانت قد ترتبت على القاعدة التى قلنا بها فى أن الالتزامات الشخصية انما يقصد بها ما نشأ عن طبيعة العقد من الالتزامات المختلفة ، الا أنها فى حاجة الى شرح هى الاخرى يجلى غامضها

ونحيل فى ذلك كله الى ما أفضنا فيه البحث بكتابنا فى الاموال بالاماكن المخصصة به هناك . الا أنه نظراً لما أثاره قانون التسجيل من الثورة على قانون الشفعة ، بما ترتب عليه تضارب فى الاحكام ، رأينا أن نأتى هنا على كلمة موجزة فيما يتعلق بصحة الشفعة فى عقد المشترى غير المسجل ، بعد أن أفضنا القول فى ذلك بكتابنا فى الاموال [1] والذى دعانا الى هذه الكلمة المكررة انما هو صدور أحكام أخرى أهلية مؤيدة لوجهة نظرنا ، وصدور أحكام مختلطة ابتدائية على عكس هذا الرأى . وفى هذا الخلاف القائم بين أحكام القضاء الاهلى من جهة ، و بين القضاء الاهلى والقضاء المختلط من جهة أخرى ، ما لا تطمئن اليه المعاملات بين الافراد . لذا لا بد من معالجة الأمر الخلافى معالجة تستقر معها الطمأنينة فى العقائد القانونية

جـ — مثل من أمثلة الالتزامات الشخصية

الشفعة والتسجيل

٢٢ مكرر — قام مذهبان قضائيان بمصر بشأن الشفعة فى عقد المشترى غير المسجل . قال مذهب بعدم جواز الشفعة . وقال الآخر بجوازها . وانا نؤيد الجواز . وحجتنا ما يأتى :

قلنا هنا ان الالتزامات الشخصية المقول بها بالمادة الاولى من قانون التسجيل انما هى الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد ، وأنها ليست التعويض حتما ، وأنه لا محل

---

(١) ص ٦٦٩ — ٧٠٨ ن ٥١١ — ٥١٤

للتعويض الا اذا استحال الوفاء بالالتزام الاصلى . وأيدنا ذلك بما أوردته المذكرة الايضاحية وبما قرره « برناردى » و« بيولا كازيلى » بمحاضر جلسات اللجنة الخاصة التى وضعت القانون ، فى أنه يجب على البائع تمكين المشترى من التسجيل ، واذا لم يمكنه جاز للمشترى مقاضاته والحصول على حكم بصحة التعاقد وتسجيل الحكم لتنتقل الملكية . وقلنا بأن قانون التسجيل وهو نواة لنظام السجلات العقارية انما يرجع فى روح أحكامه الى الاصول المعروفة فى نظام السجلات العقارية ، وأن المادة ٨٧٣ من قانون نظام السجلات العقارية الالمانى الصادر سنة ١٨٧٢ أباحت جواز الحصول على حكم لتسجيله عند تعذر الحصول على عقد للتسجيل . فاذا كان نظام السجلات العقارية ، وهو كما نعلم من الحرص فى تقرير الطمأنينة للملكية العقارية بحيث لا يبيح الطعن فيها بعد تسجيل العقد بالسجلات العقارية الخاضعة للتسجيل العينى ، يقضى وهو على هذه الشدة بجواز رفع دعوى للحصول على حكم لتسجيله عند عنت البائع وعمله فى عدم تمكين المشترى من التسجيل ، فمن باب أولى أن يؤخذ بهذه القاعدة فى قانون التسجيل الحاضر وهو لا زال على مذهب التسجيل الشخصى ، ولم يأخذ من نظام السجلات العقارية الا مسئلة التسجيل فقط فى أن الملكية لا تنتقل الا به

واذا كانت الالتزامات الشخصية هى الالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد كعقد البيع مثلا ، وأنه يجوز للمشترى بمقتضاها أن يطالب البائع بتسليم العقار ، كما أنه يجوز للبائع مطالبة المشترى بالثمن ، وهكذا من الالتزامات الاخرى ، فانه يصبح للمشترى حقوق مقررة فى ذمة البائع بشأن العقار . وان كان من المتعذر تسميتها بالحقوق العقارية ، الا أنها تقرر على كل حال وفى مجموعها حقاً مكتسباً للمشترى[1] (كما يقول الاستاذ « دوجى[2] » عن كل حق) بما يجعل العقار داخلا فى مال المشترى ، بحيث يصبح فى حيازته ، وله عليه كل حقوق المالك على ملكه

---

(١) situatiou acquise (٢) Duguit

وكأن هذه الحالة الخاصة الجديدة التى نشأت عن قانون التسجيل تشبه كثير الشبه حالة من كان يشترى فى عهد الرومان شيئاً من طريق المناولة اليدوية[١] بينما كان من الواجب اتباع احدى الطرق الاخرى الشكلية المقررة لنقل الملكية وهى طريقة بيع الاشياء النفيسة [٢] وطريقة المخاصمة القضائية الصورية [٣] فكان لا يصبح المشترى مالكا وعلى ذلك يحرم من حق الاستفادة من الوسائل القانونية المقررة لحماية المالك الحقيقى فى حالة اغتصاب الغير للشىء المبيع . ولكن جاء البريتور الرومانى بوبليسيوس[٤] وعالج الامر وأباح للمشترى رفع دعوى تثبيت ملكية خاصة ضد الغاصب . وذلك يرجع كله الى أن المشترى ولو أنه لم يكن مالكا للمبيع الا أن هذا المبيع أصبح فى حيازته [٥] ، أى أصبحت له عليه الملكية الحيازية [٦] أو الملكية الناقصة . ورأى الرومان ضرورة حماية هذا النوع من الملكية ، الذى لم يخضع العقد فيها الى القيود الشكلية الرومانية ، وجعلها فى مستوى واحد مع الملكية الكاملة [٧] واقترض القاضى الرومانى أن المشترى أصبح مالكا بالتقادم المكسب ، مع أنه فى الحقيقة لم تمض المدة المكسبة . أى اعتبره مالكا بينما هو فى الحقيقة غير مالك

وكأن الملكية الناقصة الرومانية هذه تشبه كل الشبه حقوق المشترى الذى لم يسجل عقده فى عهد قانون التسجيل الجديد . اذ يصبح هذا المشترى وقد تقررت له حقوق مكتسبة بشأن العقار (ولم نقل « على العقار » حتى لا توصف الحقوق بأنها عقارية بينما هى شخصية) لانه مشتر ولان قانون التسجيل الجديد لم يؤثر مطلقا على أحكام البيع وأصوله لا من جهة البائع ولا من جهة المشترى ، انما أثر فقط على نقل الملكية . فالبيع لا زال من العقود الرضائية من حيث تكوينه ، وانما أصبح شكليا فقط من حيث نقل

---

(١) traditio (٢) mancipatio (٣) in jure cessio

(٤) le preteur Publicius (٥) in bonis (٦) propriété bonitaire

(٧) propriété quiritaire

الملكية . وهذه الحقوق المكتسبة والمقررة للمشترى بسبب البيع ، وان كانت لم تجعل المشترى مالكا، لان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ، هى التى يجب حمايتها لدى المشترى ، ويستحيل حرمانه من وسائل حماية هذه الحقوق ، والا فكأنه لم يحصل تعاقد ما على البيع . هذا ولم يخرج التسجيل فى ذاته عن كونه عملية مادية تنحصر فى تسليم صورة من العقد لحافظ السجل لايداعه بملف العقود . ودفع رسم على ذلك . وبالتسجيل تنتقل الملكية . وعقد البيع قبل التسجيل عقد بيع غير مملك ، و بعد التسجيل عقد مملك . فالعقد بيع فى الحالتين قبل و بعد التسجيل . وليس المشترى محروما من حق استغلال العقار المبيع والتصرف فيه قبل التسجيل ، ما دامت له حقوق مقررة بشأن العقار قبل التسجيل . واذا تعرض له متعرض جاز له الاستفادة من دعاوى وضع اليد . وتعتبر الدعوى عينية ترفع أمام محكمة محل وجود العقار ، مع أن حقه شخصى . ولكنه فى دعوى وضع اليد يعتبر واضع يد سائراً فى طريق التقادم ، أى أن له حق على العقار دون التعرض لانتقال الملكية . ولا بد من حماية اليد ما دامت الشروط اللازمة لوضع اليد المفيد الملك بالتقادم متوافرة ، وهى الظهور وعدم الخفاء وعدم التقطع الى آخر الشروط المقررة قانوناً

اذا علم ذلك كان الشفيع فى حل من أن يحل محل المشترى فى هذه الحقوق المقررة لهذا المشترى قبل التسجيل . واذا كان التسجيل فى ذاته عملية شكلية يملك المشترى حق طلب اجرائها لدى حفظة سجلات التسجيل ، وحق مطالبة البائع بالعمل على تمكينه (أى تمكين المشترى) من التسجيل ، كأن يحضر لعمل المصادقة على الامضاء ، وغير ذلك ، وكان كل ذلك راجعاً الى جملة الحقوق المقررة للمشترى بسبب عقد البيع و بسبب كونه أصبح مشتريا ومشتريا فقط غير مالك ، أصبح الشفيع حينئذ محقا فى أن يطالب بالشفعة حتى يقوم بطلب اجراء هذه العملية المادية وهى التسجيل لتنتقل اليه الملكية التى كانت تنتقل الى المشترى اذا حصل التسجيل . ويستحيل على المشترى العمل على تعطيل حق الشفيع بمجرد أن يتعمد عدم تسجيل عقده ،

وهى عملية يملك عملها هو . والمشترى لا يملك بعد حصول عقد البيع حق الافتيات على حق الشفيع بأى عمل ما . فاذا ما طلب الشفيع بالشفعة وجب على المشترى الرضاء بها فى حدودها القانونية . وليس له بعد ذلك لا العدول عن العقد ولا تعديل العقد . وبوجه عام ليس له أن يعمل ما فيه تعطيل لحق الشفعة الذى خلق خلقا قانونيا كاملا بعد حصول البيع ، وأصبح هذا الخلق القانونى حقا قانونيا محميا بعد اظهار الرغبة والمطالبة به . والشفيع لا يعتبر مالكا عن المشترى بل هو مالك عن البائع (المادة ١٣ من قانون الشفعة) فان سجل حكم الشفعة بما فيه حتما تسجيل عقد البيع ، أصبح مالكا . والا فلا يعتبر مالكا . انما يعتبر ذا حقوق كما كان المشترى وقت طلب الشفعة . ويجوز للشفيع تسجيل عقد البيع قبل الحكم بالشفعة اذا استطاع ذلك . انما لا بد أيضاً فى هذه الحالة من تسجيل حكم الشفعة . وبتسجيل عقد البيع يصبح المشترى مالكا من تاريخ العقد اخذاً بنظرية الأثر الرجعى التى قررناها للتسجيل الجديد ، على شرط عدم الاضرار بالحقوق المكتسبة للغير الذى لم يتوطأ مع البائع[1]

وكل ذلك يرجع الى ما يستفاد من عبارة « الالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الأولى من قانون التسجيل الجديد ، فى أنها تنصرف الى الحقوق الناشئة عن طبيعة العقد المعقود بين الطرفين ، ولا تنصرف الى التعويضات

مذهب القضاء: صدرت للآن أحكام أهلية ستة منشورة ، أخذت خمسة منها بما قررناه[2] وواحد بالعكس[3] ورأينا منشوراً للقضاء المختلط حكمين ابتدائيين، أحدهما

---

(١) كتابنا فى الاموال ص ٩١٧ ن ٦٢٧ وما بعدها

(٢) محكمة المنصورة الجزئية فى ٨ ديسمبر المحاماة المجلد ٥ ص ٦٩١ رقم ٥٦٧، م ر ا . ٢٦ ص ٨٢ رقم ٤٦ « حكم ٣ » أسيوط بحكم استئنافى فى ٢٨ مايو سنة ٩٢٥ ، ومصر بحكم استئنافى فى ٢ مايو سنة ٩٢٥ ، م ر ا ، المجلد ذاته والصفحة ذاتها — اسنا الجزئية فى ٣١ أكتوبر سنة ٩٢٥ المحاماة المجلد ٦ ص ٥٤٨ رقم ٣٦١ — الوايلى الجزئية فى ٧ نوفمبر سنة ٩٢٥ المحاماة المجلد ٦ ص ٥٣١ رقم ٣٥٤

(٣) مصر الكلية فى ٣ نوفمبر سنة ٩٢٤ المحاماة المجلد ٥ ص ٣٣٣ رقم ٢٩٥

يقضى بعـدم جواز الشفعة فى عقد المشترى غير المسجل[1] ولم تنشر أسبابه بعـد . وثانيهما يقضى بجواز الشفعة اذا حصل اظهـار الرغبة فى الاخذ بالشفعة قبل تسجيل عقد المشترى ، ورفع دعوى الشفعة بعـد تسجيل العقد[2] ويقضى بأن المشترى

---

(١) هذا الحـكم أشير اليه بجورنال الجازيت محدد ١٢و١٣ مارس سنة ٩٢٦ ورقم العدد ٤٦٥ ص ٨ بالعامود الاول ، لمناسبة نشر الجريدة المذكورة لدفاع المحامين أمام محكمة استئناف اسكندرية المختلطة عن الاستئناف المرفوع عن الحـكم الابتدائى الذى قرر المبدأ : والآن لم ينشر الحـكم الابتدائى ولا حكم محكمة الاستئناف

(٢) محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢٨ فبراير سنة ٩٢٥ جازيت المجلد ١٥ ص ٢٤٢ رقم ٣٦٦ . وموضوع الدعوى أنه عمل عقد ابتدائى بالبيع فى ٢٠ مايو سنة ٩٢٤ وعمل العقد النهائى أمام مأمور العقود الرسمية فى ٣ يوليو سنة ٩٢٤ وتسجل العقد الرسمى فى ٨ يوليو سنة ٩٢٤ . وحصل اظهار رغبـة الشفيع فى الاخذ بالشفعة فى ٥ يوليو سسنة ٩٢٤ ورفعت دعوى المطالبة بالشفعة فى ٢٦ يوليو سنة ٩٢٤ . وقضى الحـكم الابتدائى بالاخذبالشفعة . وألغاه حكم محكمة الاستئناف لاسباب لا ترجع للتسجيل والشفعة ، انما ترجع للشفعة وحدها . ولم يتعرض حكم الاستئناف الى نظرية جواز المطالبة بالشفعة اذاكان عقد المشترى غير مسجل . ولذا يجب أن يوجه النظر بشأن هـذه النظرية الى الحـكم الابتدائى الذى قضى بجواز الشفعة اذا حصل اظهار الرغبه قبل تسجيل عقد المشترى ، ورفعت دعوى الشفعة بعد تسجيل هذا العقد . وجاء بأسباب هذا الحـكم ما يأتى : « وحيث أنه من المقرر فى الشفعة بأنهـا لا تجوز الا بعد حصول البيع ، وهو ما تقول به المادة ١٠٥ من مرشد الحيران التى رجع اليها الشارع المختلط ، وعلى ذلك لا يجوز للشفيع أن يشفع طالما أن الملكية لم تنتقل الى المشترى طبقاً للشروط الشكلية المقررة قانوناً (وذكر الحـكم فى أول هذا السبب بأن الملكية لم تنتقل الى المشترى فى هذه الدعوى الا فى يوم تسجيل العقد فى ٨ يوليو سنة ٩٢٤. وأما العقد الابتدائى الحاصل فى ٢٠ مايو ٩٢٤ فانه لا يقرر الملكية للمشترى : وأنه يجب الاعتماد على قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٩ الخاص بنقل الملكيه بالتسجيل فى جميع الاحوال المتعلقة بنقل الملكية بما فيها الشفعة أيضاً : العامود الاول فى الثلث الاخير منه بالصفحة ٢٤٣ فى عدد الجازيت المذكور). وحيث أن المشترى يقول بأن الشفيع عمل الانذار فى الوقت غير المقرر قانونا ، اذ عمل انذار الشفعة بتاريخ ٥ يوليو سنة ٩٢٥ ، مع أن عقد البيع لم يتسجل الا فى ٨ يوليو ٩٢٤ . وما دام أن هذا الانذار باطل فانه يترتب عليه أن اعلان الدعوى الحاصل فى ٢٦ يوليو سنة ٩٢٤ يعتبر باطلا أيضا ، لانه جاء متأخراً ، ما دام أنه حصل بعد مضى مدة الـ ١٥ يوما — وحيث أن هذا القول من جانب المشترى يعتبر صحيحا لو كان حق المطالبة بالشفعة مقصوراً فقط على اظهار الرغبة . والحال على خلاف ذلك . لان اظهار الرغبة لم يخرج فى الواقع عن كونه مجرد تمهيد للمطالبة بحق الشفعة بحيث لا يجوز حينئذ الخلط بينه وبين حق المطالبة بالشفعة الحقيقى ، وهو المحصور فى رفع دعوى الشفعة » ا هـ. ثم قال الحـكم فى بقية أسبابه بأنه يجب الرجوع فى هذه الاحوال الخاصة باظهار الرغبة ورفع دعوى الشفعة الى المواد ١١٩ وغيرها من مرشد الحيران ، وان طلب التقرير والاشهاد المنوه عنه بها هو نفس الانذار المقرر فى نظام الشفعة الحاضر.

لا يعتبر مالكا الا من وقت تسجيل عقده ، وأنه لايجوز رفع دعوى الشفعة ضده الا بعد تسجيل العقد . وأنه طالما أن العقد غير مسجل فلايجوز رفع دعوى الشفعة قبله . وحجة هذا الحكم أن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل . وطالما أن المشترى لم يصبح مالكا فلاتجوز الشفعة قبله . وأنه لا عبرة باظهار الرغبة فى الاخذبالشفعة قبل تسجيل عقد المشترى لان العبرة فى الشفعة برفع دعوى الشفعة أن اظهار الرغبة المنوه بالمادة ١٤ من قانون الشفعة هو نفس طلب التقرير والاشهاد المذكور بالمادة ١١٩ من مرشد الحيران لقدرى باشا

وانا لا نستطيع تأييد هذا الحكم للأسباب الآتية :

١ — ان القضاء المختلط لم يبين مطلقاً معنى الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الأولى من قانون التسجيل ، أى ما يترتب على عقد البيع قبل تسجيله . واكتفى بأن قال بأن الملكية لا تنتقل الى المشترى الا بتسجيل العقد . ولم يرجع الى روح المادة الاولى ولا الى الاعمال التحضيرية لها ولا الى مقارنتها بالمادة ٨٧٣ من القانون الالمانى الصادر سنة ١٨٧٢ . لذا أصبح بحثه فى هذا الشأن ظاهر النقص ولا محالة

٢ — لم يرجع القضاء المختلط الى أحكام الشفعة فى النظام الحاضر باعتبار الشفعة حقاً من الحقوق القانونية المقررة الآن بالقانون المدنى ، وان هذا الحق خاضع للأصول القانونية العصريةسواءكانت مسنونة بالقوانين المجموعة ، أوكانت مستفادة من العلوم القانونية بالذات[1] وعلى العكس من ذلك رأيناه يرجع لأحكام فقهاء الشريعةالاسلامية والى المادة ١١٩ من مرشد الحيران التى قررت طلب التقرير والاشهاد. مع أن الشفعة أصبحت الآن من النظم المدنيـة ولها أحكام خاصة مقررة بقانون خاص بحيث اذا ظهر نقص فى هذا القانون الخاص أو غموض به فانه لا يجوز مطلقاً الرجوع الى مرشد الحيران، بل يجب الرجوع الى الأحكام العامة المقررة الآن بمجموعة القوانين [2]

---

(١) انظر كتابنا فى الاموال ص ٦٤٩ ن ٤٥٤ وص ٧٠٣ الهامش ١ وص ٧٠٨ الهامش ١ وص ٧٠٩ الهامش ١

(٢) codes

أو المستفادة بالذات من المواد الأخرى الواردة بهذه المجموعة

نعم وان كان فقهاء الشريعة الاسلامية قرروا بأنه لابد فى الشفعة من طلبات ثلاثة : طلب مواثبة ، وهو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فوراً (المادة ١١٨ من مرشد الحيران) وفائدته العلم بانه غير معرض عن الشفعة [١] ، وطلب تقرير واشهاد ، وهو أن يشهد الشفيع بأنه طلب و يطلب الآن الشفعة (المادة ١١٩ من مرشد الحيران) وفائدته قطع حجة المشترى اذا أنكر الطلب [٢] ، وطلب خصومة وتملك ، وهو طلب المرافعة والمخاصمة والمرافعة عند القاضى (المادة ١٢٠ من مرشد الحيران) ونتيجته التملك والأخذ [٣] : قلنا وان كان الفقهاء قرروا هذه الطلبات الثلاثة وان قانون التسجيل أقر فيهما طلب المواثبة وطلب التقرير والاشهاد بالمادة ١٤ التى قررت اظهار الرغبة فى الاخذ بالشفعة ، وطلب الخصومة والتملك بالمادة ١٥ التى قررت رفع دعوى الشفعة فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان اظهار الرغبة . وان كان ذلك كله صحيح ، الا أنه يجب أن لا يفوتنا هنا بأن قانون الشفعة قد جاء وقرر أحكاماً خاصة بالشفعة دون غيرها واعتبرها نظاماً مدنياً بحتاً بصرف النظر عن مصدرها الاصلى وهو آراء فقهاء الشريعة الاسلامية . فأصبح اظهار الرغبة محكوماً بقيود معينة ، وكذلك دعوى الشفعة ، بحيث اذا لم تراع هذه القيود بطلت الشفعة . ويجب الرجوع فى تقرير هذه القيود ووزنها وزناً قانونياً عصرياً الى القانون المدنى وقانون المرافعات والى الأحكام العامة القانونية ، ولا يجوز مطلقاً الرجوع فيها الى مصادرها الأولى .

٣ — ان اظهار الرغبة المذكورة بالمادة ١٤ من قانون الشفعة لا يحصل الا اذا حصل بيع وأصبح هناك بائع ومشتر ، أى حصل البيع وتقررت للمشترى حقوق بشأن العقار . وأما قبل البيع فلا يجوز اظهار الرغبة . لان اظهار الرغبة ، سواء عند فقهاء الشريعة أو بقانون الشفعة الحاضر ، شرط لازم لطلب العقد بالمخاصمة القضائية . أى

---

(١) كتاب المعاملات للاستاذ احمد ابو الفتح بك ج ١ ص ٧٦

(٢) ابو الفتح بك ص ٧٧ (٣) ابو الفتح بك ص ٧٧

شرط قانونى لا بد من حصوله قبل رفع الدعوى . نعم وان كان من الجائز رفع دعوى الشفعة . دون أن يسبق الدعوى اعلان بالرغبة ، الا أن ذلك موقوف على أن لا يكون رفع الدعوى حاصلا بعد مضى الـ ١٥ يوما المقررة لاظهار الرغبة . وعلى ذلك يكون القول من جانب القضاء المختلط بعدم اهمية اعلان الرغبة ، وان العبرة بدعوى الشفعة ، قول لا يؤيده فقهاء الشريعة ، ولا يؤيده قانون الشفعة . أما قانون الشفعة فالامر ظاهر . وأما فقهاء الشريعة فلأنهم اشترطوا فى الشفعة ثلاث طلبات وهى الطلبات المتقدمة ولم يستغنوا عن واحدة منها والاكتفاء بالآخرين ، الا فى طلب التقرير والاشهاد ، اذ قالوا بعدم الحاجة اليه اذا حصل طلب المواثبة وقد اشهد عليه الشفيع على البائع أو على المشترى (المادة ١١٩ من مرشد الحيران) وقال محمد وزفر بان المدة الفاصلة بين طلب التملك والمخاصمة ، وطلب التقرير والاشهاد ، مقدرة بشهر [١]

وانا مهما قلبنا رأى القضاء المختلط بان احلناه لاحكام الشريعة أو رجعنا فيه الى قانون الشفعة ، فلا نراه فى الحقيقة يتفق مع واحد منها . واذا اضفنا الى ذلك أن هذا القضاء لم يتعرض لاحكام التسجيل الجديد ولما يستفاد من الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد ، أى لما يترتب من الحقوق عن العقد غير المسجل ، ولا للاحكام المقررة فى الشفعة باعتبارها نظاماً مدنياً خاضعاً لاحكام القوانين المسنونة والعلوم القانونية العصرية ، علمنا وقتئذ مبلغ بعد الحكم الذى نحن بصدده عن احكام الشفعة المدنية وعن احكام التسجيل الجديد . ونأمل من جانبنا نحن أن يناقش القضاء المختلط وجهة نظرنا هذه لنعرف ما فيها من قوة أو ضعف . ورغبتنا المنشودة ان تستقر المذاهب القانونية ، وعلى الاخص فى مظهر عملى من أكبر المظاهر العملية ، وهو الشفعة ، حتى لا يعتريها الاضطراب ولا يضار الافراد فى حقوقهم المقررة.

---

(١) ابو الفتح بك ص ٧٧

٢) أثر العقد بالنسبة للغير

٢٣ — انتهينا من باب اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين فى عهد القانون المدنى وفى عهد قانون التسجيل . والآن نبين اثر العقد خارج منطقة المتعاقدين ، أى أثره بالنسبة للغير . و يتناول القول هنا ايضاً القانون المدنى وقانون التسجيل الجديد

١ — أثر العقد بالنسبة للغير

فى عهد القانون المدنى

١ تمهيد تاريخى

٢٣ مكرر — لا بد ان تحاط المعاملات بين الافراد بأنواع مختلفة من صنوف الضمانات أى وسائل الاحتياط حتى يعلم المتعاقدان مايحف الواحد قبل الآخر من ظروف الثقة أو شبهات المخاوف والمخاطر . ولا يتسع مجال التعامل ، و ينطلق فيه الناس الى أبعد مدى ، بما فيه نمو للمدنيـة من رواج فى المعاملات وانتقال الحقوق من أيد الى أيد ، الا اذا اطمأن العاقدان كل فيما يتقرر له من الحق الناشئ عن التعاقد . وربمـا دلت طبيعة التعاقد الملزم قانونا ، وعلى الاخص فى حالة البيع ، ان هم القائم بالتشريع فى كل بيئة وصقع على مر الازمان وتوالى الاحقاب ، انما ينصرف الى حماية المشترى وتوكيد حقـه الذى تقرر له على المبيع ، أى تثبيت الملكية لديه وهى التى انتقلت اليه بالتعاقد القانونى الملزم وهو البيع . وقد تطرأ تعديلات وتغييرات عدة على وسائل حماية المشترى (و بوجه عام حماية العاقد الذى يرمى الى اكتساب حق عينى منقول ، وعلى الاخص حق عينى عقـارى) فينساق الشارع فى سبيل التحوير بمـا يلتئم مع الضرورات العملية المعروفة فى عصره . ولعل القانونيين يذكرون مبلغ الحيطة التى عول عليها الرومان فى عهدهم التشريعى الاول ، عهد الطفولة التشريعية ، وما قرروه

بشأن بيع الاشياء النفيسة[1] من اقامة حفلة للتبايع يجتمع فيها خمسة أشخاص يمثلون طوائف الشعب الرومانى ، والبائع والمشترى والميزان وقطع المعادن ، وعصا الميزان ، ومن الالفاظ المعينة التى يلزم كل من المشترى والبائع النطق بها علناً على مسمع من الجمع المحتشد، بحيث ما كان التعاقدالقانونى الملزم ليتم الا بعد أن تتوافر هذه العناصر المختلفة من أشخاص وألفاظ واشارات . واذا ما تم ذلك كله نودى وقتئذ بالمشترى مالكا . وعلى هذا الاعتبار ما كان للبائع أن يفكر فى بيع الشىء نفسه مرة ثانية الى مشتر ثان اضراراً بالاول ، لما فى ذلك من ذيوع أمر البيع الاول وما حوته حفلة البيع من اعلان واخبارلدى الكافة ، وعلى الاقل لدى أهل الصقع الواحد ، والناحيةالمعينة، فلا يجرؤ حينذاك البائع الاول على البيع ثانياً ، ولا المشترى الثانى على التقدم لشراء صفقة تمت من قبل

والذى يتبين من ذلك انهذه المظاهر فى تقرير الالتزامات ونقل الحقوق العينية منقولة كانت أو عقارية ، انما هى شكل من اشكال العلانية وامارة من امارات الاعلان واخبار الغير بما يحيط الشىء المبيع من التصرفات السابقة . وفى ذلك ضمان كاف فى حماية حقوق الغير ، ذلك الغير الذى ربما يكون مشتريا ثانياً أو أى حامل من حملة الحقوق العينية ، وعلى الاخص منها الحقوق العقارية

وقد تحررت المنقولات من زمن بعيد من قيود الاوضاع الشكلية وأصبحت الملكية تنتقل فيها بمجرد نقل الحيازة . أى أن الحيازة أصبحت قرينة على ملكية الحائز . ولذا تقررت هذه القاعدة الشهيرة وهى قاعدة « حيازة المنقول سند تمليكه » ورجع فيها الى الاعتبارات العملية والضرورات المستفادة من روح المعاملات[2] ولا يؤخذ بها الا اذا كان الحائز حسن النية ، أى لا يعلم بالعيب الذى يشوب يد الحائز المملك له ، والا فلا تحميه القاعدة

---

(١) res mancipi (٢) انظر كتابنا فى الاموال ص ٥٩٣ ن ٤١٠ وما بعدها — وانظر ايضا ص ٨٠٧ ن ٥٦٢ وما بعدها

أما العقارات وانتقال الحقوق فيها وتعديلها وانقضاؤها فقد مرت بادوار مختلفة كان يعمل فيها الشارع على حماية الغير، وهو الذى يريد أن يتقرر له حق عينى عقارى ويريد التأكد من خلو العقار من الشوائب العينية المتوقعة عليه . وفى ذلك شطرت أراضى فرنسا الى شطرين : شطر خضع لعادات الضمان العينى ، أى القيد بالسجل المعد لاثبات ملكية الاشراف والنبلاء . وشطر خضع لعادة التمليك من طريق المناداة بما يحكى المناداة فى حالة الزواج[٢]

٢٤ — وفى سنة ١٦٧٣ فى عهد «كولبير» وضع نظام لاشهار الرهن العقارى الرسمى . ثم تقرر بعد ذلك اشهار التبرعات بالمنقول أو العقار . وجاء قانون مبسيدور سنة ثلاثة وقرر اشهار الرهون الرسمية ، وأيده فى ذلك قانون بروميير سنة سبعة . ولما همت فرنسا فى وضع قانونها المدنى العالمى سنة ١٨٠٤ انقسم محضروه الى قسمين : قسم يأخذ بالاشهار والعلانية ، بحيث لا تصح التصرفات قبل الغير الا اذا كانت مسجلة أو مقيدة . وقسم يرى عدم الخضوع لذلك . وتغلب الرأى الثانى على الأول . وأخيرا صدر قانون ٢٣ مارس ١٨٥٥ وقرر بفرنسا أصول التسجيل الشخصى المعمول به فى مصر من سنة ١٨٧٦ مختلطاً ومن سنة ١٨٨٣ أهلياً ، وتقررت قاعدة صحة العقد بين الطرفين بمجرد الاتفاق عليه ، وعدم صحته قبل الغير الا بالتسجيل . أى يعتبر العقد صحيحاً وغير صحيح فى آن واحد

٢٥ — والغرض الذى ينشده الشارع هنا وهناك من عملية التسجيل هو اخبار الغير بما يشوب العقار ، الذى يريد أن يمتلكه أو يتقرر له عليه حق عينى عقارى ما ، من الحقوق العينية التى ربما تكون قد ترتبت عليه قبل هذا التصرف الجديد

وما دام أن التسجيل يستحيل فى الواقع الى اخبار واعلان الغير فلا يعول حينئذ على هذا التسجيل ، اذا كان الغير سيئ النية ، أى يعلم بسبق التصرف ، وكان متواطئاً مع البائع الاول على سبيل التعمد فى الحاق الضرر بالمشترى الثانى

---

(١) الاموال ص ٨١٣ ن ٥٦٦

وقد أثارت عبارة سوء النية ثائرة الشرائع والقضاء والفقه وذهبت فيها مذاهب مختلفة من حيث التعرف على كيانها والعناصر المكونة لها . فمن قائل بأن سوء النيـة هو مجرد علم المشترى الثانى بسبق التصرف فى العقار (نذكر هنا عقد البيع من طريق تبسيط النظرية ، والقاعدة عامة بشـأن جميع العقود الخاصة بانتقال الحقوق العينية العقارية أو تعديلها الى آخر ذلك مما هو معروف) . ومن قائل بأن سوء النية هو التواطؤ أى الاتفاق التدليسى بين المشترى الثانى والبائع . ومن قائل أخيراً بأنه التبايع الصورى ، وهو الذى لا يقرر حقاً ولا ينشئ حقاً ولا ينقضى به حق

٢٦ — وانا نبغى هنـا أن نبسط هذه النظريات المختلفة وأوجه الخلف فيها تشريعاً وقضاء وفقهاً هنا وهناك ، حتى نقف على حقيقـة هذه النظرية وعلى الوجه الأصح الذى يجب الأخذ به فى مصرنا . واذا ما انتهيا من ذلك عرجنا على قانون التسجيل الجديد لنعرف مبلغ مركز النية فيه ، وهل قضى على الخلافات القائمة فيها ، أم أبقى باب الاخذ والرد مفتوحا على مصراعيه فى بعض مناحيها . وسنرجع فى ذلك الى الاعمال التحضيرية على اختلاف أنواعها من أعمال رسمية[1] وأعمال غير رسمية[2]

ولنبدأ الآن بنظرية النية فى عهد القانون المدنى ونطوف عليها فى كل بيئة علمية أو عملية نبتت فيها ، حتى نتعرف مبلغ ما أصابت من اضطراب وتشـاد بين أوجه النظر المختلفة

---

(١) وهى محاضر جلسات اللجنة الخاصة التى وضعت قانون التسجيل ، والمذكرة الايضاحية التى وضعها المستشار برناردى والمشروعان الخاص أولهما بتوحيد أقلام التسجيل بمصر ، وثانيهما بالسجلات العقارية بمصر

(٢) وهى محاضرة المستشار برناردى المنشورة بمجلة مصر الحديثة بالمجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٧٣ — ٢٠٨ وعلى الاخص الصفحة ٢٠١

ب — النيـة والتسجيـل
فى عهد القانون المدنى

٢٧ — لما كان القانون المصرى الموضوع سنة ١٨٧٦ وسنة ١٨٨٣ مأخوذاً عن قانون التسجيل الفرنسى الموضوع سنة ١٨٥٥. ولما كان التشريع البلجيكى الموضوع سنة ١٨٥١ هو أول تشريع وضع باوروبا بشأن العلانية من طريق التسجيل ، لا نرى بدا من أن نشير هنا بالقدر الضرورى الى هذه الشرائع المختلفة ، لما لها من الصلة الاكيدة بالتشريع المصرى . و بيان ذلك :

§ ١ — النية والتسجيل فى القانون البلجيكى

٢٨ — أول قانون صدر بقارة أوروبا فيما يتعلق بالتسجيل هو القانون البلجيكى الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١، وقرر فى المادة الاولى منه ما يأتى : « جميع العقود المعقودة بين الاحياء سواء كانت بغير مقابل أو بمقابل وناقلة أو مقررة لحقوق عينية عقارية غير الامتيازات والرهونات يجب تسجيلها بنقلها برمتها بسجل خاص معد لهذا الغرض بقلم حفظ الرهونات بالمنطقة الموجود بها العقار . ولغاية وقت التسجيل لايجوز الاحتجاج بهذه العقود ضد الغير الذين يكونون تعاقدوا بدون غش وتدليس»[(١)] والمعنى المقصود من هذه العبارات الاخيرة « بدون غش وتدليس » وهى لاول مرة تقررت فيها نظرية سوء وحسن النية فى عمليـة التسجيل . ان العقد المسجل المشوب بالتدليس لا ينفذ على الغير الذى حاز حقاً عينياً على العقار وسجل عقده بعد العقد هذا المشوب بالتدليس

٢٩ — وعلى ذلك ما هو سوء النية ، وهو سوء النية الذى يضيع على العقد المسجل قبل العقود الاخرى ، قوته القانونية ، فيجعل العقود الاخرى المسجلة بعده مفضلة عليه ؟ أجاب على ذلك القانون البلجيكى بان سوء النية المضيع للعقد بالنسبة للغير ، هو الغش

(١) Fraude

أو التدليس . وليس المراد بهما الغش أو التدليس من جانب البائع وحده بل الغش والتدليس من جانب البائع والمشترى معا ، أى التواطؤ التدليسى بين الطرفين[1]

٣٠ — ويترتب على ذلك ان مجرد العلم البسيط من جانب المشترى بنية الغش لدى البائع لا يكفى للقول بان هناك سوء نية بالمعنى القانونى الصحيح . لان مسألة العلم مسألة نفسانية ترجع للنفس ، ومن الصعوبة بمكان الالمام بها والتدليل عليها ، لاختلاف مصادر العلم وتباين قوة الثقة بها . وأما العلم الاكيد الذى تجب المؤاخذة به المؤاخذة القانونية الصحيحة ، فهو العلم الناشىء عن التسجيل . واذا أبيح الاخذ بمجرد العلم فكأنه لا قيمة للتسجيل من حيث العلم ما دام باب العلم بسبق التصرفات مفتوحا ويمكن تحصيله بغير التسجيل . وبذا يفقد التسجيل أهم غرض من الاغراض المرجوّة من انشائه[2] وعلى ذلك لا يعتبر غشاً وتدليساً بمعنى المادة الاولى من قانون التسجيل البلجيكى ، وهو ما يجب الاخذ به بوجه عام فى المجالات القانونيـة العلمية ، مجرد حصول الغش من البائع ، فى أنه يريد بالتصرف الثانى الحاق الضرر بالمشترى الاول . وكذلك لا يعتبر غشاً وتدليساً مجرد علم المشترى بنية البائع ، دون أن يكون مشتركا معه فى الغش والتدليس ، أى دون أن يكون متواطئاً معه على الغش . فالتواطؤ وحده ، أى الاتفاق التدليسى ، هو المبطل للعقد الثانى المسجل قبل العقد الاول . وهذا التواطؤ ليس حينئذ مجرد العلم البسيط ، انما هو « العلم الموصوف »[3] أى الاتفاق التدليسى [4]وهو الغش[5] بذاته

§ ٢ — النية والتسجيل فى القانون الفرنسى

٣١ — صدر القانون البلجيكى سنة ١٨٥١ . وصدر بعده القانون الفرنسى سنة

---

(١) concert frauduleux (٢) انظر كتابنا فى اثبات الالتزامات ج٢ ص٣٠٠و٣٠٢
(٣) connaissance qualifiée (٤) concert frauduleux (٥) fraude

١٨٥٥ ، أى بعده بأربع سنوات، ولم ينقل بمادة من مواده عبارة «الغش والتدليس[1]» الواردة بالمادة الاولى من القانون البلجيكى . ولكن هل يترتب على عدم نقل هذه العبارة ، أنه يجب الاخذ بمجرد العلم البسيط ، غير العلم الموصوف ، لاجل ابطال مفعول العقد الثانى المسجل قبل تسجيل العقد الاول ؟ أجاب على ذلك القضاء والفقه الفرنسيان بأنه يجب الاخذ بالتواطؤ فى ابطال العقد المسجل أولا ، وأنه يجب عدم الاخذ مطلقاً بمجرد العلم البسيط . وحجة هذا المذهب الصحيح الذى نؤيده الآن كما أيدناه من قبل[2] هى ما يأتى :

١) ان من شأن الاخذ بمجرد العلم البسيط خطراً يحدق بالمعاملات ، لان العلم بسبق التصرف من المسائل النفسانية كما ذكرنا ، والتدليل عليها محفوف بالمخاوف والمخاطر

٢) ان التسجيل قد جاء وقضى على هذا العلم البسيط . وأصبح تحصيل العلم لا يكون الا من طريق التسجيل . ولو أبيح اثبات العلم بغير طريق التسجيل لعادت المخاوف الاولى وفات الغرض الاول من أغراض التسجيل

٣) ان العلم من الجانب الواحد من أحد الطرفين لا يعيب العقد الثانى المسجل أولا ، انما الذى يعيبه التواطؤ، أى الاشتراك التدليسى، أى العلم الحاصل من الطرفين من طريق الاتفاق على تعمد الاضرار بالمشترى الاول[3] وهذا هو نفس العلم الذى يشترط فى المشترى من البائع الذى يتصرف فى أمواله اضراراً بدائنيه ، أى العلم فى دعوى الابطال[4] وهو ذلك العلم الذى يجعل المشترى «يلم بحقيقة حال البائع» والذى يكون من شأنه تحقق وقوع الجريمة المدنية ، وهى جريمة التصرف اضراراً بالدائن . ولا يكون كذلك الا اذا حصل اشتراك فعلى بين الاثنين ، أى تواطؤ بقصد الاضرار

---

(١) fraude (٢) كتاب الاثبات لنا ج ٢ ص ٢٩٨ — ٣٢٣

(٣) انظر « بارد » فى الالتزامات بمجموعة بودرى المطول ، ج ١ ص ٦٧٨ ن ٦٦٧ ف ٢ — النقض الفرنسى فى ٢٢ يونيو ٩٥ ، د ، ٩٥ ، ١ ، ٤٨٦ . باندكت ، ٩٦ ، ١ ، ٩٢

(٤) action révocatoire

بالدائن [١]

ويرى « ليون كان » أن الاساس القانونى الذى يعتمد عليه فى الحكم بصحة العقد الاول هو المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى (المقابلة للمادة ٢١٥/١٥١ مدنى مصرى) وهى التى تقول بأنه يجب على كل شخص أصاب آخر بضرر أن يعوضه عن هذا الضرر . وذلك لان المشترى الثانى ملزم بتعويض الضرر الذى أصاب المشترى الاول . نعم ولو أنه جرت العادة أن يكون التعويض نقداً من الدراهم ، الا أنه لا يوجد بالقانون ما يمنع الحكم للمشترى الاول بصحة عقده بمثابة تعويض له ، أى باعتبار عقده سليما كما كان قبل شراء المشترى الثانى [٢]

وقد لاحظ صاحب هذا الرأى احتمال اعتراض يوجه اليه فى تقرير هذا الرأى ، وذلك بأنه ربما لا يحكم للمشترى الاول بتأييد عقده وصحته ؛ باعتبار أنه لم يخرج عن كونه دائناً عادياً للمشترى الثانى . ومتى كان كذلك جاز لبقية الدائنين لهذا المشترى الثانى أن يزاحموا المشترى الاول فى هذا التعويض وأن يقاسموه اياه. أى أنهم يعطلون عليه مزية الحصول على حكم يقضى بتحقيق أمنيته فى القضاء بصحة عقده باعتبار أنه لا يوجد مبرر يميزه عنهم ، وأنه لاحق لاولويته عليهم وقت المزاحمة القانونية

ولكن «بارد» يسارع الى الرد على هذا الاعتراض بأنه لا محل للاعتراض ، لان دائنى المشترى الثانى لا يملكون أكثر مما يملكه هو . وبما أنه لا يملك حق الطعن على العقد الاول بسبب عدم تسجيله قبل عقده ، فكذلك دائنوه [٣] وفى الحقيقة ان الدائنين لا يملكون الحق فى الطعن على عقد المشترى الأول لانهم من طبقة الخلف العام ، فما يملكه هو يملكونه هم ، وما خرج عن ماله خرج بطبيعة الحال عن مجموع

---

(١) النقض الفرنسى فى ٢٣ يونيو سنة ٩٥ ، د ، ٩٥ : ١ ، ٤٨١ — كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ من ٣٠٧ . — راجع كتابنا فى الالتزامات ، النظرية العامة ، ص ٣٣٦ ن ٣٤٢

(٢) تعليق « ليون كان » على حكم النقض الفرنسى فى ٢٧ نوفبر ٩٣ س ٩٤ ، ١ ، ٣٥٨ — د ، ٩٤ ، ١ ، ٣٦٣

(٣) بارد فى الالتزامات ج ١ ص ٤٤٠ ن ٣٩٦

ضماناتهم [١]

٤) أجاز القانون الفرنسى الهبة المؤقتة [٢] (المواد ١٠٤٨ — ١٠٧٤ مدنى فرنسى) وذلك أنه أجاز للمالك أن يهب ملكه بعضاً أوكلا لولد واحد أو أكثر من أولاده أو لأخ أو أخت من اخوته وأخواته على شرط أن الموهوب له يسلم الملك الموهوب الى ابن الموهوب له بعد ولادته. وهذه الهبة المؤقتة هى استثناء للقاعدة الواردة بالمادة ٦٩٦ مدنى فرنسى القائلة بعدم جواز الهبة المؤقتة والتى يكون الغرض منها تسليم الموهوب فيما بعد لشخص آخر . ولما كانت الهبة هذه من شأنها نقل الحقوق العينية العقارية من يد المالك الاصلى الى يد أخرى ، وجب بطبيعة الحال ، أن تخضع لقيود التسجيل ، أى أنها لا تكون حجة على الغير الا اذا تسجلت (المادة ١٠٦٩ مدنى فرنسى) ولكن القانون الفرنسى قرر بالمادة ١٠٧١ القاعدة الآتية الهامة وهى : « عند عدم التسجيل لا يمكن الرجوع الى مجرد علم الدائنين والغير الذين اكتسبوا حقوقاً على العقار الموهوب ، ولا يثبت العلم الا من طريق التسجيل »

ويرى الفقه بفرنسا [٣] وقضاؤه أيضاً [٤] أن ينزها الشارع الفرنسى على أن يقرر عدم الاخذ بمجرد العلم البسيط فى حالة الهبة هذه ، ثم الاخذ به فى حالة التصرفات خلاف الهبة . نعم ولو كنا نلاحظ نحن أن المادة ١٠٦٩ مدنى فرنسى وضعت سنة ١٨٠٤ وأن قانون التسجيل وضع سنة ١٨٥٥ ، الا أنه يجب أن تتمشى على القانونين روح الانسجام ، والا اضطربت القواعد القانونية ، وحف بها الشك من كل جانب

---

(١) اثبات الالتزامات لنا ج ٢ ص ٣١١ . — قارن تصرفات الوارث الظاهر ، الاموال لنا ص ٨٤٧ ن ٤٨٤ . — انظر الالتزامات لنا ص ١٦٩ ن ١٨٠ . — جرانمولان فى التأمينات ص ٢٥٦ ن ٨٨٦

(٢) Substitutions fideicommissaire

(٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٩٠٨ الطبعة الاولى ٩١٤ وص ٩٦٨ الطبعة الثانية ٩١٩

(٤) النقض الفرنسى فى ٢٢ اكتوبر سنة ٩٩ س ، ١ ، ٤٤٦

§ ٣ — النية والتسجيل فى القانون الأيطالى

٣٢—فعل القانون الايطالى (المادة ١٩٤٢ مدنى) كما فعل القانون الفرنسى فانه لم ينقل هو الآخر عبارة الغش والتدليس الواردة بالمادة الاولى من القانون البلجيكى الصادر سنة ١٨٥١ . وبسبب عدم ورود هذه العبارة بالقانون الايطالى حكمت محكمة النقض بروما سنة ١٩١١ وأيدها رجال الفقه هناك ، بأنه مع وجود التواطؤ بين المالك والمشترى الثانى فانه يجوز مع ذلك لهذا الاخير أن يطلب ابطال العقد الاول لعدم تسجيله . وكل ما يستطيع المشترى الاول عمله هو أن يرفع دعوى ابطال تصرفات المدين ضد المشترى الثانى . فاذا نجح المشترى الثانى فى ابطال عقد المشترى الاول لعدم تسجيله أصبح المشترى الاول دائنا ، فله هو الآخر حق رفع دعوى الابطال باعتبار أن عقد المشترى الثانى هو عقد تهريب أريد به الاضرار بدائنيه . فاذا طرد المشترى الاول من باب التسجيل دخل الى حقه من نافذة دعوى الابطال [1]

٣٣ — وانا لا نقر مذهب النقض الايطالى فى هذا الرأى الذى تعددت به وسائل دخول وخروج المشترى الاول . ونرى أن الأوجه فى ذلك كله الأخذ بما قرره « ليون كان » تعليقاً على حكم محكمة النقض الفرنسى الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ٩٣ المتقدم ذكره ، وذلك ان المشترى الثانى يعتبر مخطئاً ، وانه بناء على ذلك يجب عليه تصحيح خطئه . وأقرب السبل فى التصحيح ، هو التصحيح العينى ، أى ترك العقار تحت يد المشترى الاول ، واعتبار عقده نافذاً على هـذا المشترى الثانى ، ولو أن هذا الاخير قد سجل قبـله ، ما دام قد كان متواطئاً مع البائع اضراراً بالمشترى الاول الذى سجل أخيراً (ونؤيد رأينا هذا بما سبق أن قررناه بكتابنا فى الاموال

---

(١) مجلة مصر العصرية المجلد ١٠ ص ٤٠٨ لمقال وضعه الاستاذ كاديمنوس المحامى بالمحاكم المختلطة ص ٣٨٨ — ٤١٩

وبكتابنا فى الالتزامات فيما يتعلق بالوارث الظاهر[٢] من حيث خطئـه فى التغيب عن محل فتح التركة وعدم المطالبـة بحقوقه الوراثية ، الامر الذى يرتب عليه تسرب الخدعة الى الغير حسن النية [١]

٤ — النية والتسجيل فى القانون المصرى

٣٤ — رأينا فيما تقدم المعنى المحدود من « سوء النية » بالقـانون البلجيكى الصادر سنة ١٨٥١ وهو المعنى الذى ينصرف الى « التواطؤ التدليسى » . ورأينا كيف أن القضاء والفقه الفرنسيين فسرا سكوت الشارع الفرنسى سنة ١٨٥٥ عن نقله لعبارة « الغش والتدليس »[٣] الواردة بالمادة الاولى من القانون البلجيكي ، وقررا بان سوء النية انما ينصرف الى التواطؤ التدليسى ، وانه لا يصح الاخذ بمجرد العلم البسيط . والا فما كانت هناك فائدة من وضع قاعدة التسجيل ليكون التسجيل أداة فى تحصيل العلم ، وانه لا يصح تحصيله الا من هـذا الطريق ، ومن طريق التسجيل فقط . ثم رأينـا كيف ان الاستاذ « ليون كان » فى تأييده لمذهب « التواطؤ التدليسى » قد استعان بالمـادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ١٥١ مدنى أهلى و ٢١١ و ٢١٢ مدنى مختلط ، فى تقرير الحـكم بصحة العقد الاول المسجل بعد تسجيل العقد الثانى المشوب بسوء النية

والآن وقد ألممنا بحركة نظرية « سوء النية » ومبلغ ادوارها فى التشريع الاوروبى وفى الفقه والقضاء الفرنسيين ، وفى القضاء الايطالى بحكم النقض الايطالى الصادر سنة ١٩١١ نرى ضرورة استعراض نظرية «سوء النية» هذه على ضوء التشريع المصرى ثم فقهه وقضائه ، وعلى الاخص القضاء المختلط ، لما له فيها من الآراء المتباينة

---

(١) Héritier apparent (٢) الالتزامات ص ١٦٩ ن ١٨٠ (٣) fraude

المبحث الأول : النية والتسجيل

فى القانون المصرى

٣٥ — وضعت المادة ٣٤١ مدنى مختلط سنة ١٨٧٥ وهى الخاصة بحسن النية وسوئها عند تعارض عقدين مسجلين فى تاريخين مختلفين بشأن عقار واحد وصادرين من مملك واحد . ووضعت المادة ٢٧٠ مدنى أهلى سنة ١٨٨٣ ونقلت برمتها عن المادة المختلطة حرفاً بحرف ، ما عدا الجزء الأخير من المادة المختلطة ، وهو الجزء الخاص بضرورة اعلان المدينين بانتقال الحقوق من الدائنين الى الغير . ووضع النص العربى بالنسخة الاهلية أخذاً عن النص العربى بالنسخة المختلطة. والنص العربى الواحد للمادتين هو ما يأتى : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه[1] الا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها »[2] وبمقارنة النص الفرنسى مع النص العربى نرى أن المترجم للنص الفرنسى ترجم العبارة الخاصة بالغير حسن النية[3] بهذه العبارة الآتية: «وكانوا لا يعلمون ما يضر بها» وهذه الترجمة العربية معيبة قد تدخل الاضطراب الى القضاء الاهلى فى تقرير جسن النية . وكان الاجدر بالمترجم أن يخرج العبارة الفرنسية الى العربيــة هكذا : « وكانوا حسنى النية » ولما كان النص العربى يخالف النص الفرنسى المختلط والاهلى رأينا أن نبين هنــا ما قام من الخلاف بشأن تقرير نظرية حسن وسوء النية فيما يتعلق بالتسجيل ، بالقضاء المختلط أولا ثم بالقضاء الاهلى ثانياً

(١) النية والتسجيل فى القضاء المختلط

٣٦ — تقلب هذا القضاء فى هذا الشأن تقلبات مختلفة :

اذ تارة يقضى بأن الغرض من حسن النية انما هو انتفاء التعاقد الصورى[4]

---

(١) tiers (٢) tiers qui sont de bonne foi

(٣) tiers qui sont de bonne foi (٤) استئناف م ٣٠ ابريل ٩٠ م ت ق ، ٤٠٦ — وانظر الاحكام العديدة بالهامش ٢ من كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٣١٤

وهذا الرأى لا يمكن الأخذ به

وطوراً يقضى بأن سوء النية هو مجرد العلم البسيط ، وعلى ذلك يبطل العقد بحصوله[١] ويقول بأن مجرد العلم هنا هو غير التواطؤ المطلوب فى دعوى الابطال

وآناً يقول بأن سوء النية هو التواطؤ أى الاتفاق التدليسى ، أو العلم الموصوف . وعزز رأيه بالفقه والقضاء الفرنسيين و بالاصول القانونية العامة[٢]

وآناً آخر يرجع لمجرد العلم البسيط[٣] وقد أقام هذا الحكم قيامة زعماء الفقه بمصر وألح محررو مجلة م ت ق[٤] على ضرورة استفتاء دائرة الدوائر المختلطة فى هذا الامر المضطرب

وأخيراً رأى هذا القضاء أن يستقر على رأى واحد فاختار التواطؤ وجعله أمارة . على سوء النية ومظهراً له[٥] وعندنا أن هذا الرأى هو أصح الآراء . واعتمادنا فى ذلك على ما أتينا به من الادلة والحجج بشأن هذه النظرية ، بفرنسا و بلجيكا كما مر بيانه

٢) النية والتسجيل والقضاء الاهلى

٣٧ — أخذ القضاء الاهلى أولا بان سوء النية هو مجرد العلم البسيط[٦] ثم عدل عن ذلك وأخذ بالتواطؤ[٧]

المبحث الثالث : النية والتسجيل والفقه المصرى

٣٨ — يرى أغلب رجال الفقه المصرى الاخذ بالتواطؤ[٨] .

---

(١) ٢٤ نوفمبر ٩٠٤ م ت ق ، ١٧ ، ٢٥ (٢) ٦ مايو ١٩١٣ ، ٢٥ ، ٣٠٦ . — ٢٩ يناير ١٩١٤ ، ٢٦ ، ١٩٤ (٣) ١٢ يناير ١٩٢٠ م ت ق ، ٣٢ ، ١٢١ . — جازيت ١٠ ص ١٤٥ رقم ٢٠١ (٤) B. L. J. (٥) ١٠ فبراير ١٩٢٥ جازيت ١٥ ص ٢٥٠ رقم ٣٧٧ (٦) المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٣ (٧) استئناف أهلى فى ١٢ مايو ٩١٠ م ر ١١ ، ٧ ص ٢٢٩ رقم ١١٢ (٨) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٥٦ ن ٨٨٦ — دى هلس ج ٣ ص ٤٦٠ ن ٩٠ . — انظر عكس ذلك الهلالى بك فى البيع ص ٢٨٥ ن ٤٥٥ وما بعدها

٢ — النية والتسجيل

فى عهد قانون التسجيل الجديد

ا — مواطن النيـة بقانون التسـجيل

٣٩ — رأينا كيف ثارت ثائرة الآراء المختلفة بشأن سوء النية ، ومتى يعتبر أن هناك سوء نيـة . وان الرأى استقر بوجه التقريب ، على اعتبار سوء النيـة هو التواطؤ ، أى الاتفاق التدليسى

ولما كان الشارع المصرى يرمى بادىء ذى بدء بقانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ الى أن يمهد العمل للاخذ بنظرية السجلات العقارية ، رأى من الضرورة أن يقرر بان الملكية لا تنتقل بين الطرفين ، ومن باب أولى بالنسبة للغير ، الا بالتسجيل . وورد بالمذكرة الايضاحية أنه أراد بذلك حسم المنازعات القائمة بشأن حسن النية وسوئها . وقالت فى ذلك ما يأتى : « ولهذا المبدأ من الوجهة العملية مزية كبرى تنحصر فى حسم المنازعات العديدة التى تنشأ عن المعنى القانونى فى هـذا الموضوع لكلمة غير المتعاقدين [١] والقيد الوارد بعدها فى المادتين ٧٣٧ و٧٤٢ من القانون المدنى المختلط القائل « من يدعى حقاً عينياً » أو « له حقوق على العقار وحفظها بموافقة القانون » وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية »[٢]

وقرر المستشار « برناردى » واضع مشروع القانون ومحرر المذكرة الايضاحية ، بمحاضرته[٣] بان المادة الاولى من قانون التسجيل قد أجهزت على الخلافات التى كانت معروفة بشأن حسن النية وسوئها . أى أنه لا محل للقول بحسن أو سوء نية المشترى الثانى الذى سجل قبل المشترى الاول . ولكنه استثنى من ذلك عقد المشترى

---

(١) tiers (٢) مجلة المحاماة ٣ ص٤٦٠ العامود الاول . — الجازيت ١٣ ص ٨٣ فى آخر العامود الاول وفى أول العامود الثانى

(٣) المنشورة بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ ص ١٧٣ — ٢٠٨

الثانى المسجل قبل تسجيل عقد المشترى الاول ، اذا حصل هذا العقد الثانى من طريق التواطؤ بين البائع والمشترى الثانى[1]

هذا هو ما يتعلق بالمادة الاولى من قانون التسجيل وهى المادة الخاصة بالعقود المنشئة للحقوق العينية العقارية . ومن ذلك يرى أن الشارع لم يشأ أن يذكر بهـذه المادة الاولى عبارة تشير الى سوء النية والى المقصود من سوء النية . ولكن الاعمال التحضيرية الرسمية وغير الرسمية قد أوضحت هذا السكوت وفسرته بما رأيناه الآن

٤٠ — على أن الشارع فى قانون التسجيل الجديد لم يشأ من طريق آخر أن يلتزم الصمت فيما يتعلق بسوء النية فى كل موطن من مواطن مظان وجودها . ذلك أنه لما جاء دور التشريع للعقود المؤيدة لحقوق عينية عقارية مقررة من قبل بين المتعاقدين، أى للعقود الكاشفة[2] اضطر الشارع الى ضرورة الاشارة الى سوء النيـة بالمادة الثانية من قانون التسجيل . وصاغ هذه المادة بالصيغة الآتية « يجب أيضاً تسجيل ما يأتى : (أولا) العقود والاحكام النهائيـة المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الاخرى المشار اليها فى المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية (ثانياً) الاجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً — فاذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس[3] غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار اليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة لا يكون للغير سوى حق تخفيض الاجارة الى تسع سنوات اذا زادت مدتها عن ذلك وعدم اعتماد مادفع مقدماً زائداً عن أجرة ثلاث سنين » اهـ

٤١ — ففى مسألة الملكية على الشيوع تعتبر القسمة الحاصلة بين المالكين على المشاع مؤيدة لحق الملكية المقرر من قبل لكل مالك شائع. وعقد القسمة هذا اما أن

---

(١) محاضرته المذكورة ص ٢٠١ (٢) actes déclaratifs
(٣) s'ils sont entachés de fraude

يكون غير مسجل واما أن يكون مسجلا . فاذا كان غير مسجل فهو حجة على المالكين على الشيوع أيضاً . لانه لم يكن من شأن القسمة خلق حق جديد لم يكن موجوداً من قبل للمالك على الشيوع . ولهذا السبب لا يخضع عقد القسمة للتسجيل الجديد لاجل نقل الملكية بين المالكين على الشيوع ، لانه لا يدخل ضمن أحكام المادة الاولى الخاصة بانشاء الحقوق العينية العقارية . وعلى ذلك لا عبرة بتسجيل عقد القسمة أو عدم تسجيله بالنسبة للمالكين على الشيوع . انما يجب التسجيل لاجل أن يكون عقد القسمة حجة على الغير . فاذا لم يتسجل عقد القسمة فلا ينفذ على الغير (وقد اخترنا هنا مثل القسـمة لسهولة عرض الاشكال القـانونى . لان فى الصور الاخرى خلاف القسمة اشكالات وصعوبات قانونيـة لا محل لها الآن . وسيأتى بيانها فى ابحاث أخرى مستقلة) وربما كانت مسألة القسمة هذه أثراً من الآثار الباقية لقاعدة التسجيل القديم فى أن العقد نافذ على الطرفين بلا تسجيل ، وأن التسجيل انما شرع للغير فقط . قلنا اذا تسجل عقد القسمة أصبح نافذاً على الغير . ولكن الشارع احتاط فى حكمه بالمادة الثانية المذكورة حيث قرر بأن نفاذ التسجيل على الغير فى هذه الحالة معقود بشرط هام وهو شرط عدم تطرق التدليس اليها . بمعنى أنه اذا تماقد المالـكان على الشيوع على تقسيم العقار وعلى المسارعة فى تسجيل عقد القسمة وكانا يرميان فى ذلك كله الى الحاق الضرر بالغير وانزال الغبن به ، فلا ينفذ عقد القسمة المسجل على الغير . لان عقد القسمة ولد بين صاحبيه وهو مشوب بشائبة التدليس اضراراً بالغير . والتدليس هنا تواطؤ لحمته الغش بين المتعاقدين وأرادوا به المساس بحقوق الغير والحاق الضرر بهذا الغير . وذلك يرجع الى القاعدة القائلة بأن التسجيل لا يطهر العقود المشوبة بالشوائب القانونية . بل التسجيل يلحق العقود الصحيحة فيؤكد فيها القوة القانونية الموجودة لديها من قبل

٤٢ — أما كلمة التدليس [1] هذه فهى هى بعينها نفس الكلمة التى وردت

---

(1) fraude

بالمادة الاولى من القانون البلجيكى الصادر سنة ١٨٥١ ، وهى الكلمة التى تفيد حتما التواطؤ التدليسى ، والتى لا تفيد مطلقا مجرد العلم . وقد بينا ذلك بالفقه والقضاء الفرنسيين ، والفقه والقضاء المصريين ، أهلياً ومختلطاً

ب — سوء النية بقانون التسجيل الجديد هو التواطؤ التدليسى

٤٣ — يستفاد مما تقدم أن الشارع المصرى يريد بسوء النية لا مجرد العلم ولا الصورية ، كما ذهب اليهما بلاحق القضاء المختلط الى عهد غير قريب بما بيناه بمكانه ، انما يريد بسوء النية التدليس أى التواطؤ التدليسى . وأما مجرد العلم فلا يعبأ به ، وذلك نظراً لهذين السببين الذين أشرنا اليهما فيما سبق بيانه . أولهما أن العلم من المسائل النفسانية التى يخطئ النظر فى تقديرها . وثانيهما أنه لو أخذ بنظرية مجرد العلم لكان فى ذلك قضاء على قاعدة التسجيل وهو التسجيل الذى أريد به تقرير أداة معينة وطريقة ظاهرة بينة فى تحصيل العلم لدى الغير . فاذا قيل بوجود التسجيل أداة لتحصيل العلم ، وبوجود الاخذ بنظرية العلم البسيط ، لكان فى ذلك عمل مضاعف فى تقرير العلم ، بما فيه خطر الغاء التسجيل من طريق العمل ، ما دام تحصيل العلم يقع بمجرد العلم البسيط من غير طريق التسجيل

ومما يؤكد وجهة النظر هذه فى تعيين سوء النية ، وان سوء النية لا ينصرف حتما الا الى التواطؤ التدليسى ، لا الى العلم البسيط ، الادلة الآتية التى ندلى بها تأييداً لما قررناه :

أولا — كلمة التدليس [1] لا تنصرف الا الى التواطؤ ، وهى نفس الكلمة التى وردت بالمادة الاولى من القانون البلجيكي الصادر سنة ١٨٥١ كما بينا . هذا من حيث اللغة

ثانياً — من حيث الاعمال التحضيرية : كانت المادة ٢ هذه عبارة عن المادة ٣

---

(١) fraude

من المشروع المطروح أمام اللجنة الخاصة التى وضعت قانون التسجيل الحاضر. وحصل فيها تعديل وتغيير انتهى بهما الامر الى المادة ٢ الحالية. أما نص المادة ٣ من المشروع فقد كان قبل تعديله وقبل أن يصير المادة ٢ الحاضرة ما يأتى : — « يجب أيضاً تسجيل ما يأتى : (أولا) الاحكام والعقود المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الاخرى بما فيها القسمة والصلح (ثانياً) الاجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما — فاذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير حسن النية[1]. غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار اليها الخ الخ . . . » اه[2]واقترح « بيولا كازيلى » وضع المادة ٣ من المشروع بشكل آخر طلباً لزيادة الايضاح من حيث اللغة فقط. وفعلا وضعت فى قالب آخر. وظلت عبارة حسن النية بالشكل الآخر كما كانت موجودة من قبل. ولكن لما جاءت الجلسة السادسة المنعقدة فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ رأت اللجنة ضرورة تعديل النص الثانى للمادة ٣ المذكورة وقررت ما يأتى

أولا — حذف كلمة الصلح من نص المشروع

ثانياً — اقترح المرحوم عبد الحميدباشا مصطفى أحد أعضاء اللجنة حذف عبارة « حسن النية » من نص المشروع وحجته فى الحذف أن عبارة حسن النية وسوء النية أثارت جدلا فى القضاء. اذ ذهب بعض احكامه الى الاخذ بنظرية مجرد العلم. وذهب البعض الآخر الى التواطؤ التدليسى[3] وطلب الى اللجنة وضع عبارة مفسرة لعبارة حسن النية قطعا لهذا الخلاف القائم. و بعد أن تكلم العضو « برناردى » واضع للمشروع تقرر استبدال عبارة « حسن النية » بكلمة التدليس[4]وهى تلك الكلمة التى

---

(١) tiers de bonne foi (٢) انظر محضر الجلسة الرابعة فى أول ديسمبر ١٩٢٢ من محاضر جلسات اللجنة الخاصة وهى غير منشورة كما ذكرنا (٣) connivence
(٤) fraude

أشار اليها نفس « برناردى » بمحاضرته التى ألقاها فى شرح مشروع قانون التسجيل[١]

ومما مر نرى أن اللجنة أرادت بسوء النية ليس مجرد العلم البسيط انما أرادت بها التدليس [٢] أى التواطؤ التدليسى [٣] وهذا التواطؤ التدليسى هو نفس التدليس الوارد بالقانون البلجيكى، والذى أراده الفقه والقضاء الفرنسيان، والذى أقره أخيراً القضاء المختلط بحكمه الاخير الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ والذى اشرنا اليه هنا

٤٤ — اذا علم ذلك وتبين أن الشارع أراد بسوء النية التواطؤ التدليسى لمناسبة العقود المؤيدة فهل من المعقول تشريعاً ان هذا الشارع لا يأخذ بهذه النظرية أيضاً فيما يتعلق بالعقود المنشئة الخاصة بها المادة الاولى من قانون التسجيل ؟ طبعاً لا . وأدلتنا على ذلك ما يأتى :

١ — انه من البعيد بل يكاد يكون من المستحيل أن يأخذ الشارع بنظرية التواطؤ الدليسى لمناسبة العقود المؤيدة ، بالمادة ٢ من قانون التسجيل ، ثم يأخذ بخلافها فى المادة الاولى الخاصة بالعقود المنشئة ، لان سوء النية واحد ، فهو لا يختلف فى حالة العقود المؤيدة عن حالة العقود المنشئة

٢ — ان نفس واضع مشروع القانون ومحرر المذكرة الايضاحية وهو « برناردى » يقرر بمحاضرته المشار اليها أن الغرض من وضع المادة الاولى وتقرير عدم انتقال الملكية بين الطرفين الا بالتسجيل — هو الاجهاز على الخلافات السابقة القائمة بشأن سوء النية (وقد تأيد ذلك أيضاً بنفس المذكرة الايضاحية كما بينا) واستثنى « برناردى » بمحاضرته السابقة[٤] أن التسجيل لا يؤثر على العقود التدليسية[٥] أى لا يصححها بل تبقى معدومة الاثر القانونى بالنسبة للغير

---

(١) انظر محاضرته المذكورة بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ فى أوائل الصفحة . (٢) fraude (٣) connivence هذه الكلمة الاخيرة هى التى وردت بمحضر جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٣٢ على لسان عبد الحميد باشا مصطفى كما مر ذكره
(٤) انظر الصفحة ٢٠١ فى أوائلها (٥) Actes frauduleux

ومن هذا كله يتبين أن الاعمال التحضيرية الرسمية وغير الرسمية ، وضرورة مراعاة الانسجام العلمى فى تقرير الاصول القانونية ، كل ذلك يقضى بأن الشارع يمقت التدليس والتواطؤ ولا يقيم للتعامل المشوب به وزناً فى مجال القانون وهو لا يعتد به من حيث تقرير الاثر القانونى

وعلى ذلك لا يسرى حكم المادة الاولى من قانون التسجيل على العقود التدليسية بل تعتبر هذه العقود خارجة عن حكمها وأجنبية عنها . فالعقد الذى يصدر من البائع ببيع العقار مرة ثانية بعد بيعه المرة الاولى لا ينفذ على المشترى الاول الذى سجل بعد تسجيل المشترى الثانى ، اذا تبين أن التبايع الثانى كان نتيجة التواطؤ والاتفاق التدليسى بين البائع والمشترى بقصد الحاق الضرر بالمشترى الاول . هذا هو التصرف الذى لا يمكن للقانون حمايته ولا يمكن أن تكون المادة الاولى قد وضعت لحمايته . لان مثل هذا العمل باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة المشترى الأول ، وهو صحيح بالنسبة للمتعاقدين . والبطلان طارئ عليه لانه معتد على الحق المقرر للغير وهو المشترى الاول

ولا يمكن الاحتجاج على هذا الرأى بالادلاء بالقول ان فى الاخذ بنظرية الاعمال التدليسية رجوعا الى نظرية سوء النية القديمة التى أراد الشارع ذاته القضاء عليها ومحوها من عالم القانون حتى تطمئن المبادئ القانونية فى مواطنها وحتى تستقر بهذه الطمأنينة العقائد القانونية لدى الافراد . أما نحن فلا نرى محلاً لهذا الاعتراض للموهوم . لانه لا يستفاد من الاخذ بنظرية الاعمال التدليسية الرجوع الى نظرية سوء النية القديمة والى الخلافات التى كانت قائمة بشأنها ، ما دامت وجهة النظر محصورة ومحصورة فقط فى هذا النوع دون غيره من أعمال سوء النية وصورها وهو التواطؤ ليس غير . وبذا تغلق أبواب البحث فيما يتعلق بالصور الاخرى لسوء النية . اذ لا محل حينئذ للبحث فى مسألة العلم البسيط الحاصل من غير طريق التسجيل

٤٥ — وان قيل ، اعتراضا علينا ، بأنه كيف يقرر الشارع قاعدة عامة قاطعة فى أن نقل الملكية لا يكون الا بالتسجيل حتى ولو علم المشترى الثانى بسبق

تصرف البائع له فى العقار لمشتر سابق عليـه ، ثم يفتح باب الاخذ والرد من طريق آخر للطعن فى البيع الثـانى بالتواطؤ التدليسى ؟ أليس فى ذلك تشويه للقاعدة العامة التى أراد الشارع تقريرها حتى يوصد أبواب النزاع على المنازعين وحتى يكون لاطلاق الحكم معنى من معانى توحيد القاعدة وتركيزها على أساس قوى لا يضطرب أمام الاخذ والرد ؟ أليس فى قبول الاخذ بالتواطؤ مساس بمزية الاطلاق الذى أراده الشارع من حكم المادة الاولى فى أنه لا تنتقل الملكية بوجه عام مطلق الا بالتسجيل ؟ قد يجوز أن يكون من المعقول أن لا يحرم المشترى الاول ، الذى سجل بعد المشترى الثانى ، من حق الطعن فى عقد البيع الثانى بدعوى ابطال تصرفات المدين ، وذلك باعتباره دائناً عادياً بسيطا قد تقرر له دينـه بسبب البيع الاول . اذ قبـل التسجيل كان يداين البائع بالتزام شخصى منصب على العقار من حيث المطالبـة بالتسليم وخلاف ذلك من الالتزامات الشخصية المنوه عنها بالمادة الاولى. وأما وقد خرج العقار من يد هذا البائع بالبيع الثانى المسجل قبل تسجيل المشترى الاول فقد حرم وقتئذ من حق المطالبة بالعقار بالذات ، واستحال حقه هذا فى الحال الى حق عادى لا يخرج عن المطالبة بتعويض . ولذا ان نجح فى ابطال التصرف الثانى فانه يتزاحم مع بقية الدائنين العاديين فى اقتسام ثمن العقار ، كل دائن بنسبة دينـه ، وعلى الاخص اذا دخل الدائنون المزاحمون خصما ثالثاً فى دعوى ابطال التصرفات ؟ هذا هو الاعتراض

وانا لا نرى محلا مطلقا لهذا الاعتراض الذى افترضناه نحن من عندنا . ولقد سبق لنا أن دفعناه فيما كتبناه بشأن المعنى المقصود من الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الاولى . ذلك لانه :

أولا — من حيث اطلاق حكم القاعدة ، فان هذا الاطلاق لا يصح أن يتمشى أيضاً على العقود التدليسية التى تعمل اضراراً بالمشترى الاول الذى تأخر فى تسجيله عن المشترى الثانى ، ما دامت وسائل الضمان المقررة فى نظام السجلات العقارية لم تتقرر بعد ، ومن اهمها ان التسجيل لا يكون الا بناء على حكم قاضى السجل ، كما هو معروف بالمانيا

ثانياً — من حيث دعوى الابطال : فقد سبق أن أوضحنا بمكانه اعتراضنا على حكم محكمة النقض الايطالى الصادر سنة ١٩١١ الذى أخذ بدعوى الابطال . وقرنا الاخذ بمذهب « ليون كان » الذى استند الى المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ١٥١ مدنى مصرى ، ثم دعمنا ذلك كله بالرجوع الى القواعد العامة المقررة فى الالتزامات بان الوفاء بالدين (الدين بوجه عام) يجب أن يحصل عينا أى بنفس الشىء الذى التزم به المدين . ولا يستحيل الوفاء بالدين الاصلى الى الوفاء بمبلغ من النقود الا عند استحالة الوفاء عينا . وما دام ان المشترى الاول الذى سجل متأخراً دائن بالعقار بالذات فله حق المطالبة به . ولا يجوز تحويل دينه الى مبلغ من النقود ثم تحويله هو من دائن ذى حق معين الى دائن عادى بمبلغ من النقود . لان فى المطالبة بالوفاء العينى امتيازاً للدائن يجعله ذا أولوية معينة فى أن يأخذ العقار له خاصة دون مزاحمة الآخرين له ، وفى قصر حقه على مبلغ من النقود حرمان له من حق الامتياز وانزال له الى المرتبة الدنيا لطبقة الدائنين العاديين

ومما تقدم تقرر القواعد الآتية :

١ — ان الالتزامات الشخصية المقصودة بالمادة الاولى هى الحقوق والواجبات التى تنشأ عن طبيعة العقد . والحقوق التى تتقرر للمشترى مثلا قبل التسجيل حقوق تنصب على العقار وتستفاد من طبيعة عقد البيع

٢ — هذه الحقوق التى تتقرر للمشترى قبل التسجيل لا يجوز الافتيات عليها من البائع مع مشتر ثان يسجل قبل تسجيل الاول ، افتياتاً مشوباً بالتواطؤ التدليسى

٣ — لا محل للأخذ بنظرية مجرد العلم لان قانون التسجيل أجهز على هذه الخلافات السابقة . انما الذى يجب الاخذ به هو التواطؤ التدليسى

فى أثر العقد من حيث زوال العقد

٤٦ — رأينا الاثر للعقد اذا ظل قائماً . وللعقد أثر أيضاً فيما اذا زال . وللزوال أسباب مختلفة

١) فى أسباب زوال العقد

٤٧ — يزول العقد اما بالزوال الارادى للمتعاقدين ، أى العدول . واما بالزوال اللاارادى ، أى بابطال العقد أو بفسخه

١ — الزوال الارادى بالعدول

٤٨ — اما أن يكون العدول الارادى باتفاق الطرفين معاً . واما من جانب أحد الطرفين

ا — العدول الارادى المتبادل من الطرفين

٤٩ — ما دام أن طرفى العقد هما اللذان قاما بانشائه فلهما معاً العدول عنه[1] ولهما أن يعدلا عنه برمته ويتنازلا عن التمسك بآثاره ، أو أن يتفقا على ابقاء بعض آثاره دون البعض الآخر . ولهما فى ذلك حرية الارادة الكاملة ما داما فى حدود القانون بما لا يخالف النظام العام

ب — العدول من جانب الطرف الواحد

٥٠ — العدول فى العقد لا يحصل الا من جانب طرفيه ، ولا يملك أحدهما وحده العدول عنه بل لا بد من اتفاق الاثنين على العدول[2] وهذا لا يصدق الا فى العقود التى لا تنشأ الا باتفاق العاقدين معاً . ولكن هناك عقوداً لها شىء من الوجود القانونى فى تقرير التزام بذمة الطرف الواحد بمجرد اظهار رغبته وحده فقط بدون حاجة الى اظهار رغبة الطرف الآخر عند اظهار رغبة الطرف الاول[3]. انما لا بد من رغبة الآخر فيما بعد . ويحصل ذلك فى الوصية . اذ يجوز للموصى وهو على قيد الحياة أن يعدل عن وصيته التى أجراها (المادة ٥٤٤ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا) والتى

---

(١) révocation (٢) distractus (٣) الالتزامات لنا ص ١٠٢ ن ١١٣

لا تنفذ الا بعـد وفاته وبعد رضاء الموصى به ، ذلك الرضاء الذى لا يكون الا بعد حصول وفاة الموصى (المواد ٥٣٠ و٥٤٣ من الاحوال الشخصية لقدرى باشا) والعدول أو الرجوع عن الوصية كما يكون صريحاً قد يكون دلالة أيضاً (المادة ٥٤٤ المذكورة) وما دام أن الوصية لا تصح الا بقبول الموصى اليه قبل وفاة الموصى فتبطل حينئذ[١] اذا توفى الموصى اليه قبل وفاة الموصى أو قبل قبوله[٢]

اذا علم ذلك وصح الرجوع صراحة أو دلالة بطلت الوصية وزال أثرها ، بمجرد ان أظهر الموصى رغبته فى العدول وحده دون اظهار رغبة الموصى اليه . على أنا نلحظ هنا أن الوصية عقد كـكل العقود لا بد فيها من ايجاب من الموصى وقبول من الموصى اليه . فهى لا تتم قانوناً ولا تحدث آثارها القانونية الا بعد حصول القبول من الموصى اليه . وما دام القبول لم يحصل ، وهو لا يحصل الا بعد تحقق وفاة الموصى ، فللموصى وحده العدول عما قرره على نفسه . وعدوله ورجوعه لا يصيب فى هـذه الحالة عقداً تكون من قبل تمام التكوين ، انما يصيب عملا منفرداً من جانبه ، له حق التصرف فيه كما يشاء ، ان شاء أبقاه ، وان شاء أبطله وحده ، دون الحاجة الى رضاء شخص آخر . وان كان ذلك يحكى من بعض الوجوه العرض[٣] من جانب العارض[٤] الا أنه يختلف عنه فى أن العارض لو سحب ما عرضه فى وقت غير مناسب حق عليـه التعويض[٥]

٢ — الزوال غير الارادى

٥١ — رأينا كيف يحصل زوال العقد زوالا ارادياً ، أى برغبة العاقدين معاً أو برغبة أحدهما فقط فى حالة الوصية . والآن نبين كيف يزول العقد على غير رغبة العاقدين . ويحصل ذلك بطلب ابطال العقد ، أى الغائه[٦] وبطلب فسخه[٧]

---

(١) caducité (٢) دالوز براتيك ج ١٠ ص ٤٨٢ ن ١١٦ وما بعدها

(٣) offre (٤) offrant (٥) الالتزامات لنا ص ١٠١ ن ١١٣

(٦) nullité (٧) résolution

١ ـــ ابطال العقد

٥٢ ـــ يتناول القول هنا نظرية ابطال العقود ونقد نظرية الابطال الثلاثى ونظرية العقد القابل للبطلان

§ ١ ـــ العقد المعدوم أو الباطل بطلانا مطلقا

٥٣ ـــ يقول بعض رجال الفقه بان البطلان على ثلاثة أنواع : بطلان مطلق[1] و بطلان معدم للعقد[2] و بطلان نسبى[3] فالمطلق ما يترتب على نقص فى العقد من حيث مخالفته للنظام العام أو الاخلاق ، أو من حيث عدم توافر قيد من القيود القانونية كالرسمية فى العقود الرسمية . والمعدم ما يترتب على نقص فى العقد من حيث عدم توافر ركن من أركانه الاساسية كالبيع الحاصل بلا اتفاق على محل البيع[4]. والنسبى ما يترتب على شائبة شابت العقد ترجع لعيوب الرضا كفقد الاهلية والغش[5] واذا دققنا النظر فى نظرية البطلان الثلاثى هذا نجد فى الحقيقة أن البطلان على نوعين : مطلق ويندمج فيه المعدم ، ونسبى . ذلك لانا لا نرى محلا للتفرقة بين المطلق والمعدم ما دام لا بد من رفع الامر الى القضاء للحكم بالبطلان مهما كان نوعه[6]

ويترتب على البطلان المطلق زوال العقد وزوال آثاره بالنسبة للطرفين والغير معاً . لان من شأن البطلان زوال التعاقد . فكأنه لا تعاقد اذ ليس له وجود قانونى يقره القانون . أما خصائص هذا البطلان فهى ما يأتى :

١) يجوز لكل ذى مصلحة فى البطلان المطلق الاستفادة منه اما على شكل دعوى أو على شكل دفع فيها ـــ ٢) ان العقد الباطل بطلانا مطلقاً لا يقبل التصحيح

---

(١) nullité absolue (٢) inexistant (٣) nullité relative

(٤) دالوز براتيك ج ٨ ص ٣٩٧ ـــ ٣٩٨ ن ٦ ـــ ١٢

(٥) الالتزامات لنا ص ٢٣٦ ن ٢٥٣ ـــ دالوز براتيك ج ٨ ص ٣٩٨ ن ١٥ ـــ ٢٥

(٦) الالتزامات لنا ص ٢٤٠ ن ٢٥٧

٣) لا يسرى التقادم الطويل على البطلان المطلق[1] انمـا يستحيل البطلان الى وضع اليد الطويل المكسب [2]

§ ٢ — العقد القابل للبطلان

٥٤ — العقد القابل للبطلان هو غير العقـد الباطل بطلاناً مطلقاً . اذ بينما البطلان المطلق يزيل العقد من عالم الوجود القانونى ويزيل آثاره القانونية ، فان البطلان النسبى لا يلحق الا العقود الموجودة من الوجهة القانونيـة . ولكن وجودها مهدد بشرط فاسخ فيما اذا جاء المجنى عليه فى العقد وتمسك بالبطلان النسبى . اذ يقضى فى هذه الحالة بأن العقد يزول . ولكن لا يزول فيما اذا أقره المجنى عليه فيه ، بأن أيده بعمل صريح أو ضمنى . واجازته فى هذه الحالة تلحق عقدا موجوداً من قبل . وهذا على خلاف اجازة العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فانها لا تصيبه ما دام انه غير موجود . والاجازة لا تلحق الا العقود الموجودة

والبطلان النسبى اما أن يرجع لاحد العاقدين واما للغير .

المبحث الاول : البطلان النسبى بسبب يرجع لاحد العاقدين

٥٥ — ويرجع ذلك الى عيوب الرضاء وهى فقد الاهلية والغش والخطأ والاكراه أو الى الفسخ عند عدم قيام احد العاقدين بالوفاء بما التزم به فى العقـد التبادلى كما سيأتى ذكره

المبحث الثانى : البطلان النسبى بسبب يرجع للغير

٥٦ — ويرجع ذلك الى دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية وهما الدعويان اللتان يرفعهما الدائن ويطلب فيها ابطال التصرف الحاصل من المدين ، ودعوى النزاع فى الملكية [3] والمشترى من أحد المتنازعين .

---

(١) الالتزامات لنا ص ٢٤٠ ن ٢٥٨ (٢) الالتزامات لنا ص ٢٤١ ن ٢٥٩ وص ٢٤٢ ن ٢٦٠ و ٢٦١ (٣) revendication

ب — فسخ العقد والمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى

٥٧ — قلنا ان زوال العقد اما أن يكون اراديا واما غير ارادى . وقلنا أن الزوال غير الارادى يرجع اما لابطال العقد واما للفسخ ، وهذا الفسخ هو الناشئ عن عدم قيام أحد العاقدين بما التزم به قبل الآخر . وما دام أنه يجوز للمدعى عليه (فى العقد التبادلى) حق دفع دعوى المدعى قبله بدفع عدم الوفاء من قبل هذا المدعى[1] فانه يجوز لاحد العاقدين ، وهو الذى لم يف له العاقد الآخر بما التزم به فى العقد التبادلى ، أن يطلب فسخ العقد[2] أخذاً بالمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى التى تقرر حكما عاما[3].

٥٨ — وبعد أن انتهينا من بيان أسباب الزوال ، نبين الآن آثار الزوال بالنسبة للعاقدين وبالنسبة للغير ، سواء فى عهد القانون المدنى أو فى عهد قانون التسجيل

٢) فى أثر العقد الباطل

٥٩ — نرى من الضرورى أن نبين الأصول القانونية فى أثر العقد الباطل فى عهد القانون المدنى . ثم نعقب ذلك بالبحث فى هذا الأثر فى عهد قانون التسجيل

١ — أثر العقد الباطل فى القانون المدنى

٦٠ — وأثر هذا العقد اما أن يكون خاصاً بالمتعاقدين واما أن يكون خاصاً بالغير . ولذا نفرد لكل منهما قولا على حدة

ا — أثر العقد الباطل فى القانون المدنى بالنسبة للعاقدين

٦١ — **البطلان المطلق** : من شأن البطلان المطلق زوال العقد تمام الزوال

---

(١) exception non adimpléti contractus الالتزامات لنا ص ١٨٨ ن ١٩٧
(٢) résolution (٣) الالتزامات لنا ص ٢١٥ ن ٢٢٩ وما بعدها

بحيث لا يبقى أثر قانونى ما . وانما يستحيل النزاع كما قلنا الى وضع اليد والمدة المكسبة فى التقادم الطويل

٦٢ — **البطلان النسبى** : اذا قضى بالبطلان النسبى فى العقد القابل للبطلان زال العقد أيضاً بالنسبة للعاقدين . ووجب وقتئذ اعادتهما الى ما كانا عليه قبل التعاقد بحيث تجوز المطالبة برد ما دفع ، لارتفاع السبب فيه ، والمطالبة بالثمرات . وتجوز المقاصة فى هذه الحالة [1] مع ملاحظة أنه لا يجوز مطالبة القاصر الا بما استفاد به استفادة لها أثر ظاهر بماله (المادة ١٣١٢ مدنى فرنسى وحكمها عام) وعلى طالب الرد اثبات هذه الاستفادة وأثرها الظاهر فى مال مفقود الاهلية [2]

ب — أثر العقد الباطل والقانون المدنى بالنسبة للغير

§ ١ — البطلان المطلق

٦٣ — من شأن البطلان المطلق زوال العقد زوالا معدماً لكيانه ولآثاره . والعقد لا يوجد من الوجهة القانونية . وعلى ذلك لايجوز أن يترتب عليه حق مطلقاً للغير . ولا يجوز أن يقال بضرورة التفرقة بين الغير حسن النية أو سيء النية . ذلك لان البطلان المطلق يرجع اما لركن من أركان العقد (وهو ما يسميه بعض رجال الفقه كما رأينا بالبطلان المعدم) واما يرجع الى قيد من قيوده الرسمية فى العقود الشكلية . اذ فى هذه الاحوال يجب على من يتقرر له حق عينى على العقار أن يعرف مبلغ ما يحيط حقه من الخطر . وذلك بان يرجع الى درس سندات التمليك لدى من يملكه . ومتى رجع اليها فهو يعلم حتما بالنقص القانونى الذى يفسد العقد . ولا يجوز للغير الادعاء بحسن النية وبجهل أحكام القانون (المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية) ومن باب أولى فيما يتعلق بالمحظورات القانونية الخاصة بالنظام العام

---

(١) دالوز برانيك ج ٨ ص ٤٠١ ن ٥٦ فى آخرها . — بلانيول ج ٢ ص ٤٢٢ ن ١٢٧٨ والمادة ٣٤٨ مدنى المانى (٢) بلانيول ج ٢ ص ٤٢٣ ن ١٢٧٩

٦٤ — اما اذا كان عيب العقد للوجود تحت يد المملك يرجع لاسباب تتعلق بالاخلاق ، أى كان سبب العقد غير مشروع ولم ينم العقد عن هذه الشائبة بل كانت مستورة فى خواطر المتعاقدين ، فانا نرى أنه لا يجوز فى هذه الحالة المساس بحق صاحب الحق العينى العقارى الذى تقرر له على العقار . فاذا باع بائع عقاره بعقد كامل للاركان والشروط القانونية ، وكانت نية العاقدين منصرفة الى تعليق ذلك على شرط غير مشروع ، دون أن ينم على هذه النية بشىء ما بالعقد ، ثم جاء المشترى وتصرف فى العقار الى مشتر آخر أو رهنه لدائن ، وبوجه عام قرر حقاً عينياً عقارياً للغير على هذا العقار ، فلا يجوز للبائع الأول أن يطلب ابطال عقد المشترى الثانى أو المرتهن . انما له فقط أن يطلب بطلان العقد الصادر منه الى المشترى منه مباشرة . ولا يترتب على بطلان العقد الصادر منه ، بطلان العقد الصادر من المشترى منه . نعم ولو أن العقد الصادر منه باطل بطلاناً مطلقاً وليس له وجود قانونى ، الا أنه لما تقرر للغير حق بحسن نية على هذا العقار ، وكان لا يعلم الغير بما شاب العقد ، لانه نخلو مما يشير الى هذه الشائبة ، وجب احترام حق الغير . والا اذا أخذ بالمنطق البحت وقيل بأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا وجود له وكأنه لم يكن بالمرة ، وان ما ترتب على الباطل باطل وما ترتب على المعدوم معدوم ، وانه لا بد من ابطال عقد الغير ، لتعطلت المعاملات بين الافراد ، واضطربت العقائد القانونية ، وأحجم الناس عن التعامل العقارى ، اذ يخشون فى هذه الحالة أن تظهر فيما بعد شوائب مخفية ومطوية فى خواطر أصحابها ، فتفسد عليهم عقودهم وتضيع عليهم حقوقهم . وهذا لا يمكن الاخذ به . بل يجب أن يضحى المنطق الجاف فى مصلحة الفائدة العامة .

على أنا نرى من طريق آخر أن العقد المشوب وان كان معدوماً فهو معدوم الأثر فقط بين العاقدين . وأما بالنسبة للغير فهو موجود من الوجهة القانونية . وان كان المنطق يتأذى من الجمع بين صفتى العقد ، العدم والوجود معاً ، وهما متناقضان حتما ، الا أن الشارع جرى فى نظرية التسجيل على الأخذ بأحكام تتعارض مع المنطق البحت .

و يعمل فى ذلك وهو متشبع بما أملته عليه روح المعاملات وضرورة الاعتبارات العملية لدى الافراد . أليس يصح عقد المشترى الثانى اذا سجل عقده بعد تسجيل عقد المشترى الاول ، مع أن بالعقد الاول قد زالت الملكية عن البائع وأصبح لا يجوز له أن يبيع ثانيا ، لانه ان باع فانه لا يبيع ما لا يملك ؟

لذا نقول بترك المنطق جانباً وبالاخذ بروح التشريع وبما تمليه كل يوم الضرورات العملية على الشارع والقاضى والمشرع . ونرى حينئذ أن ابطال العقد المشوب بسبب غير مشروع لا يؤثر على الغير ، وهو من اكتسب حقاً عينياً على العقار وسجل عقده وكان حسن النية

نقول بهذا الرأى ونعرف أن القضاء والفقه يخالفانه . وسنبين ذلك بالتفصيل والنقد فى الابحاث التالية ، وعلاقة رأينا بالنظرية العصرية للتسجيل

§ ٢ — البطلان النسبى

المبحث الاول : البطلان النسبى بسبب أحد العاقدين

٦٥ — والبطلان النسبى بسبب أحد العاقدين ينصرف الى عيوب الرضاء التى شابت العقد ، وهى فقد الاهلية والغش والغلط والاكراه

٦٦ — الفسخ لغة وتاريخاً [١] : ان زوال العقود على نوعين : زوال مع أثر رجعى ، تزول معه آثار العقد وتعود حالة العاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد . وزوال للعقد فى المستقبل فقط ، وتبقى معه آثار العقد السابقة على طلب الزوال

والزوال الرجعى على نوعين : ابطال أو الغاء [٢] وهو ما يحصل بمقتضى القانون بالذات . وفسخ[٣] وهو ما يحصل برضاء العاقدين فيما اذا كان الرضاء رضاءً شرطياً

والزوال غير الرجعى على نوعين ابطال : [٤] أو فسخ [٥] . وهذا الزوال غير

---

(١) dissolution (٢) annulation (٣) résolution
(٤) révocation (٥) résiliation

الرجعى خاص فقط ببعض العقود دون البعض الآخر[١]

٦٧ — **فى البطلان**[٢]: من المتعذر منطقاً أن يقال بأن الغاء العقد[٣] سبب من أسباب فسخه[٤] ذلك لان ما كان باطلا من أصله[٥] لا يمكن القول فيه بجواز استمرار بقائه ولا بجواز زواله ما دام لا وجود له فى الاصل . وما دام لا وجود له أصلا فهو غير قابل حينئذ للفسخ . لان من شأن البطلان أن يحول دون وجود العقد ودون تقرير آثار له من وقت القول بوجوده . وما دام أنه لم يوجد شيء ما ، أى لم يوجد عقد ، فلا محل حينئذ للقول بفسخ ذلك العقد غير الموجود . ولكن جرت عادة المشرعين ، أخذاً عن جماعة الرومان ، على القول بالبطلان النسبى أو القابلية للبطلان[٦] ، بجانب القول بالبطلان الصحيح[٧] الذى يزول مع العقد وتزول معه آثاره . وهم يريدون بالقابلية للبطلان ان العقد يقبل البطلان فيما بعد فيما اذا طلب البطلانَ صاحبُ الشأن . وان العقد ليس باطلا من حال انشائه ، انما يعتريه البطلان اذا رفعت عليه دعوى البطلان[٨] وصدر الحكم بالبطلان[٩]

ولم تخرج دعوى الالغاء أو البطلان هذه فى الوقت الحاضر عن الدعوى الرومانية التى كانت ترفع برد الحالة الى ما كانت عليه[١٠] والتى قررها البريتور الرومانى لأجل نقض العمل القانونى الصحيح الذى انعقد طبقاً لاحكام القانون الرومانى البحت[١١]

٦٨ — **فى تمييز دعوى الفسخ** : هاتان الدعويان الحاليتان هما : أولا دعوى الفسخ بسبب عيوب الرضاء أو الشرط الفاسخ[١٢] وثانياً دعوى الفسخ بسبب الغبن[١٣] ولهذه التسمية أصل تاريخى .

---

(١) بلانيول ج ٢ الطبعة الثامنة سنة ١٩٢١ ص ٤١٩ — ٤٢٠ ن ١٢٧٠

(٢) annulation (٣) nullité (٤) dissolution

(٥) nul (٦) annulabilité (٧) nullité véritable

(٨) action en nullité (٩) sentence d'annulation

(١٠) restitutio in integrum (١١) jure civili

(١٢) action en nullité (١٣) action en rescision

وذلك انه فى عهد القانون المدنى الفرنسى القديم الخاضع لاحكام العادات كانت ترجع أسباب البطلان النسبى الى مصدرين : المصدر الاول يستند فى البطلان النسبى الى نصوص المراسيم والعادات . والمصدر الثانى يستند فى ذلك البطلان الى القانون الرومانى بالذات. ولما لم يكن للقانون الرومانى فى الجهات الخاضعة للعادات قوة قانونية ما ، أى لا يؤخذ به فى تلك الجهات ، وكان لايجوز التمسك باحكام القانون الرومانى[١] أمام محاكم تلك الجهات ، فكان لا بد لمن يريد الرجوع الى القانون الرومانى بها من الحصول على اذن خاص بذلك[٢] من الحاكم[٣] يبيح طلب فسخ العقد بمقتضى النصوص الرومانية

وكان يعطى الأذن على الاخص بشأن عدم اهلية النساء المتزوجات و بشأن العقارات المبيعة والمملوكة للقصر ، والعقارات المبيعة والمملوكة للبالغين فى حالة الغبن اذا كان هذا الغبن واقعاً فى أكثر من نصف الثمن ، و بشأن الغش والاكراه والغلط[٤] وكان يستعان بالاذن حينئذ فى طلب ابطال مثل هذه العقود المشوبة بشوائب الرضا ، و بفقد اهلية المرأة المتزوجة و بالغبن فى الثمن

وكانت الدعوى التى ترفع وقتئذ بناء على هذا الاذن الكتابى (ذلك الاذن الذى كان يعطى لطالبه بدون فحص لدعواه ولمجرد دفع الجعل المقرر له رسمياً) تسمى بدعوى الالغاء والابطال[٥] وذلك فى حالة الاستعانة كما ذكرنا بأحكام القانون الرومانى الذى لم يكن معمولا به فى الجهات الآخذة بالعادات

وأما الدعوى التى كانت ترفع بالالغاء بناء على نصوص المراسيم المقررة والعادات المرعية فكانت تسمى ايضاً بدعوى الالغاء والابطال[٦] وكانت ترفع من صاحبها دون الحاجة الى الحصول على اذن كتابى من قلم كتاب البرلمان ، أى قلم كتاب المحكمة[٧]

وكانت الدعوى الاولى تتقادم بمضى ١٠ سنين والثانية بمدة ٣٠ سنة

---

(١) corpus juris civilis (٢) lettres (٣) prince

(٤) بلانيول ج ٢ ص ٤٢٠ ن ١٢٧٢ (٥) action en rescision

(٦) action en nullité (٧) chancellerie

٦٩ — دعويا الالغاء فى الاوقات الحاضرة : وقد قضت الثورة الفرنسية على هذا النوع من الاذن الكتابى[1] فى سبتمبر سنة ١٧٩٠ وذلك عقب الغاء اقلام كتاب المحاكم المسماة بالبرلمان . ولما وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ واصبحت المصادر القانونية موحدة بهذا القانون المجموع زالت التفرقة نهائياً بين الاصل فى تمييز الدعويين عن بعضهما البعض ؛ واصبحت الدعويان ترجع لاصل واحد وهو القانون المجموع والمسنون سنة ١٨٠٤ . وقررت المادة ١٣٠٤ من قانون نابليون سقوط كل منهما بمدة عشر سنوات بالتقادم ، بعد أن سمت كلا منهما باسمه الذى كانت معروفة به من قبل. وجاءت نصوص بنفس هذا القانون وذكرت هذه التسمية المختلفة أيضاً (المواد ١١١٧ و١٣٣٨ مدنى فرنسى)

٧٠ — تسمية الدعويين بعد سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤ : ومن غريب ما لوحظ بشأن دعوى الالغاء اللتين اصبحتا موحدتين بقانون نابليون ، ان رجال الفقه فى الوقت الحاضر ابوا الا استبقاء الاسمين القديمين بما ليس له رابطة ما مع الاعتبارات القديمة التى كانت تبرر اذ ذاك التفرقة فى التسمية . ذلك انهم يصرفون دعوى الالغاء [2] الى الدعوى التى يطلب فيها الالغاء بسبب الغبن [3] ولعل السبب فى ذلك أن الشارع الفرنسى نفسه يستعمل هذه التسمية فى كل حالة يتكلم فيها عن الفسخ بسبب الغبن (المواد ٨٨٧ — ٨٩٢ و١٣٠٥ و١٦٧٤ مدنى فرنسى). على أنه يلاحظ أن الشارع الفرنسى لم يقصد من هذه التسمية فى حالة الغبن قصداً معيناً يرجع الى ضرورة التفرقة بين الاسمين القديمين . وربما ورد ذلك منه عرضاً دون عمد وقصد مقرر لديه من قبل . ويؤيد ذلك أن الشارع الفرنسى كان يستعمل الاسمين فى بعض المواطن بمعنى واحد ولسبب واحد . ويرى بعض الشارحين الحاضرين الاكتفاء باسم دعوى الالغاء العادية [4]. وتنصرف هذه التسمية الى

---

(١) les lettres royaux
(٢) المسماة action en rescision
(٣) lésion
(٤) action en nullité

الغــاء العقد وابطاله ، سواء كان السبب فى الالغاء يرجع الى عيوب فى الرضا أو الى الغبن

٧١ — اذا علم ذلك فلنبين الآن أثر هـذا الالغاء بالنسبة للغير . يقول رجال الفقه الفرنسى بأن العقود القابلة للبطلان (ومن باب أولى العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً) لم تخرج عن كونها عقوداً معلقة على شرط فاسخ[١] أى تزول هذه العقود وتزول آثارها المترتبة عليها فيما اذا تحقق الشرط الفاسخ ورفع صاحب الشأن دعوى الابطال (سواء كانت خاصة بعيب فى الرضاء[٢] أو بعيب الغبن[٣]) وحكم بالغاء العقد . وذلك يرجع الى نتائج الشرط الفاسخ ، اذا ما تحقق زالت معه آثار العقد الذى نقضه من وقت انشائه

ويترتب على ذلك أن عقد المشترى وقد سقط وزال وزالت معه آثاره ، فقـد تزول أيضاً معه جميع التصرفات العينية العقارية التى أجراها هذا المشترى على العقار . فاذا سبق له أن باع هذا العقار أو رهنه رهنـاً حيازياً أو رهناً غير حيازى ، أو توقع عليه اختصاص، انهارت هذه الحقوق برمتها ، وذلك لزوال العقد المملك للمشترى، من وقت الشراء . وأخذاً بتلك القاعدة الرومانيـة القائلة « اذا ألغى عقد الواهب ألغى عقد الموهوب له[٤]

ولا يقف الشارحون فى الاخذ بزوال آثار العقد مع زوال العقد نفسه عند القاعدة الرومانية التى ذكرناها ، بل يأخذون كما قلنا بالاثر الرجعى للشرط ، سواء كان الشرط فاسخاً كما ذكرنا أو كان الشرط توقيفياً[٥] ويلاحظون أن الملكية المنتقلة من يد الى يد والمهددة بالفسخ[٦] لم تخرج عن كونها الملكية المنتقلة على شرط توقيفى . اذ يعتبر المشترى مالـكا على شرط فاسخ ، والبائع مالـكا على شرط توقيفى . ويكون

---

(١) condition résolutoire (٢) action en nullité

(٣) action en rescision (٤) resoluto jure dantes, resolvitur jus accipientis بلانيول ج ٢ ص ٤٢٣ ن ١٢٨١ . — ج ١ ص ٧٢٩ ن ٢٣٤٩ و ٣٥٥٠

(٥) condition suspensive (٦) résolutin

الطبعة الثامنة سنة ١٩٢٠

هنا صورتان ترجع احداهما للمشترى واخراهما للبائع

٧٢ — واذا كان نقل الملكية فى حالة الشرط الفاسخ معلقاً على تحقق الشرط أو عدم تحققه ، فالملكية هذه لا تعتبر قد انتقلت نهائيـاً من البائع للمشترى . وهى لا تنتقل نهائيـاً وتستقر فى يد صاحبها الا عند تحقق الشرط أو عدم تحققه . وتعتبر الملكية على ذلك باقيـة تحت يد البائع[1] ولكنها باقية وهى مشوبة بالشرط . فان تحقق بالنسبة للبائع استقرت الملكية لديه . واذا لم يتحقق الشرط استقرت لدى المشترى . وعلى ذلك يكون للملكية هذه المضطربة مالـكان . مالك حاضر ، ومالك مستقبل . وهى اما أن تتأيد لدى المالك الحاضر ، أو تتأيد لدى المالك المستقبل[2]

وما دام أن الملكية لدى المشترى معلقة على شرط فاسخ من قبل البائع فان هذه الملكية تستقر نهائياً فى يد البائع بتحقق الشرط ورفع دعوى الالغاء . وعلى ذلك تعود الملكية الى مكانها الاول باعتبار أنهـا لم تبرحه ، وتعود نقيـة من كل تصرف حصل عليها من قبل المشترى ، ما دام أنه بتحقق الشرط الفاسخ لا يعتبر المشترى مالـكا مطلقاً . وتبطل تصرفات المشترى مهما كان نوعها

ويؤيد أصحاب هذا الرأى مذهبهم بالرجوع الى المنطق البحت . فيقولون بأنه لا يجوز للمملك أن يملك الغير أكثر مما يملك هـذا المملك . وما دام قد ظهر بأن المملك لا يملك شيئاً فهو لا يستطيع أن يملك الغير شيئاً ما . وعلى ذلك تسقط تصرفاته[3]

٧٣ — ويقول أنصار الأثر الرجعى للالغاء فى مجال بحثهم لنظرية الفسخ[4] ان الفسخ بالقانون الفرنسى عينى[5] لا شخصى[6] ويريدون بذلك أن بالفسخ تتأثر التصرفات العينية المتوقعة على الشىء المبيع والحاصلة من نفس المشترى الذى فُسخ

---

(١) aliénateur (٢) قارن بلانيول ج ١ ص ٧٢٩ ن ٢٣٠٠

(٣) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ مدنى فرنسى ص ٢٩٤ ن ٦٣

(٤) résolution (٥) réelle (٦) personnelle

عقده . ويرجعون فى ذلك الى الأثر الرجعى للشرط الفاسخ الصريح أو الضمنى المندمج بالعقود التبادلية

على أنهم يقولون من طريق آخر بأن الفسخ بالقانون الرومانى والقانون الالمانى شخصى ، بحيث لا ينصب الا على الالتزامات الناشئة فقط عن العقد المفسوخ ولا يتعدى الى التصرفات الحاصلة بمعرفة العاقد المفسوخ عقده . أى أن الفسخ الشخصى الرومانى والالمانى لا يكون حجة على الغير . ويقولون ان المذهب الالمانى هو الافضل وانه يتفق مع الاعتبارات الاقتصادية ورواج الاموال فى أيدى المتعاملين[1] .

وهم لا يقولون بعينية الفسخ الا من حيث النتائج لا من حيث أن الفسخ فى ذاته عينى ، بل هم يقرون بأنه شخصى ، انما تشبه نتائجه نتائج الفسخ العينى فى أن له أثراً رجعيا ، باعتبار أن المشترى المفسوخ عقده يصبح كأنه لم يكن مالكا مطلقاً [2]

٧٤ — ولمناسبة دعوى الالغاء تساءل أيضاً أنصار الأثر الرجعى عما اذا كان الالغاء هو الآخر عينيا أو شخصيا . فقالوا إنه شخصى حتما . الا أنهم رتبوا له نفس النتائج المترتبة على الوصف العينى . وأيدوا ذلك بما يأتى : رجعوا الى المادة ١٦٨١ فقرة ٢ مدنى فرنسى . ذلك أن هذه المادة قررت فى مجال الاخذ بنظرية الغبن أنه فى حالة ثبوت الغبن بالشروط المبينة بالقانون الفرنسى بالمادة ١٦٧٤ يصبح المشترى

---

(١) بارد فى الالتزامات بمجموعة بودرى المطول ج ٢ ص ١٢٣ ن ٩٣٥ الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ . ولكن يلاحظ فى القانون الالمانى ان الشارع أبطل الأثر الرجعى للشرط على اختلاف أنواعه (المادة ١٥٨ ونصها ما يأتى : « اذا حصل عمل قانونى تحت شرط توقيفى ، فلا يتحقق أثر العقد ، وهو الاثر الناشئ عن الشرط ، إلا من وقت تحقق الشرط » . — انظر فى شرح هذه المادة الترجمة الرسمية الفرنسية للقانون الالمانى الجزء الاول ص ١٩٠ — ١٩٢) ولكن مع ابطال الاثر الرجعى للشرط فان الشارع الالمانى رأى من طريق آخر ان من شأن تحقق الشرط ان تتأثر به حقوق الغير (المادة ١٦١ . — انظر شرح هذه المادة بالترجمة المذكورة ص ١٩٥ — ١٩٧ . — مع ملاحظة انه لا بد فى الاخذ بالمادتين ١٥٨ و١٦١ المذكورتين من الرجوع الى نظام السجلات العقارية الالمانية . — راجع بلانيول ج ١ ص ٧٣٠ ن ٢٣٥٥ والهامش ٣)

(٢) بارد ن ٩٣٦

بالخيار، ان شاء تسليم المبيع للبائع واسترداد ما دفعه ، أو الاحتفاظ بالمبيع ودفع تكملة الثمن. (الفقرة الاولى من المادة ١٦٨١) وأن هذا الخيار مقرر لمن حاز المبيع من المشترى (الفقرة الثانية من المادة ١٦٨١) . أى أن للفسخ بسبب الغبن أثرا رجعياً يتأثر بتأثر الغير حسن النية . وقال انصار الاثر الرجعى بأنه مادام الشارع قد قرر الاثر الرجعى فى حالة الغبن ، فيجب أن يؤخذ بالاثر الرجعى أيضاً فى الاحوال الاخرى ، أى فى حالة الاكراه والغلط والغش (ويلاحظ بأنه لا يوجد بالقانون المصرى مثيل للمادة ١٦٨١ الفرنسية لان الشارع المصرى لم يأخذ بنظرية الغبن بوجه عام ، انما أخذ بها فى حالة خاصة بالمادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ مدنى كما ذكرنا) ورجعوا أيضاً الى المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى المعدلة فى ٣١ ديسمبر سنة ٩١٠ (ولا مثيل لها بالقانون المصرى) ونصها ما يأتى : « المالكون لحق معلق على شرط توقيفى أو على حق قابل للفسخ فى بعض الاحوال أو معرض للفسخ فى البعض الآخر لا يجوز لهم أن يرهنوا هذا الحق الا بالشروط التى تعلق بها حقهم فى الفسخ أو غيره . ويستثنى من ذلك ما إذا كان الرهن حاصلا من جميع المالكين للعقار الشائع بينهم ، اذ يصح هذا الرهن ويحدث أثره القانونى المترتب عليه مهما كانت النتيجة المستقبلة لبيع العقار بالمزاد العلنى أو لنتيجة القسمة » [1] وقالوا ان ما قرره الشارع بشأن الرهن يجب أن يكون ساريا فى غير الرهن أيضاً من الحقوق العينية

٧٥ — وان كان اجماعهم صريحا فيما يتعلق بالاكراه والغلط ، الا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بالغش . اذ قال بعضهم بانه لا يؤخذ بالاثر الرجعى فى حالة الغش . وحجته أن الغش فى ذاته لا يعتبر عيباً يشوب الرضا وانه لا يترتب عليه سوى التزامات شخصية ، أى الحكم بتعويض ، وانه يدخل فى هذا التعويض الحكم أيضاً بالغاء العقد ، على شرط أن لا يتعدى هذا الالغاء ونتائجه الطرفين وورثتهم . ورد البعض المخالف لهذا الرأى بأن نص المادة ١١١٧ مدنى فرنسى

(١) انظر كتابنا فى التأمينات ص ١٢٠ ن ١١٦

صريح بأن الغش مفسد للرضا . ثم قالوا بأنه ولو كانت دعوى الالغاء تعتبر فى ذاتها بمثابة تعويض لطالب الالغاء ، الا أنها تستحيل بناء على ذلك الى دعوى تعويض حتى تحصر نتائجها بين الطرفين فقط [1]

٧٦ — ويقول هؤلاء الشارحون (القائلون بأن الملكية لدى المشترى معلقة على شرط فاسخ أى شرط الالغاء) بأنه لما كان الحكم الصادر ضد المشترى بالغاء عقده لا يتعدى طرفى الخصومة ، أى لا يتعداها الى غيرها ، أخذاً بنظرية قوة الشيء المحكوم فيه ، وجب على المدعى وهو البائع ادخال المشترى من المشترى ، أوالمرتهن منه رهنا حيازيا أو غير حيازى ، أو صاحب الاختصاص المتوقع على العقار ، ادخاله خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم فى مواجهته ، وحتى لا يضطر البائع الى رفع دعوى أخرى ضد متلقى الحق العينى العقارى من المشترى ، خوفا من احتمال تناقض الاحكام[2]

٧٧ — ويلاحظ الشارحون أن لهذا الرأى خطورة كبرى على المعاملات . اذ كيف يستطيع متلقى الحق العينى العقارى وهو حسن النية التعرف على ما يهدد عقد مملكه من خطر الالغاء بسبب يرجع لعيوب الرضا ، وهو يجهل ذلك السبب ولا يستطيع التعرف عليه لا من طريق التسجيل ولا من غيره (ويلاحظ الشارحون على أن الخطر فى هذا الرأى لا يقف عند من يتعامل مع المشترى ، بل يتعدى أيضاً الى نفس البائع . اذ يخشى الافراد التعامل معه خوفا من أنه يقضى فيما بعد بزوال العقد وزوال آثاره[3] . (ولكن نلاحظ نحن أن هذا الخطر من جهة المشترى لا يكون ما دام ان أسباب الالغاء معلومة لديه فيما اذا كانت متعلقة بالتدليس أو الغلط أو الاكراه ، أو كان يجب عليه أن يعلمها اذا كان السبب يتعلق بفقد الاهلية)

٧٨ — هذا ولم يشأ أصحاب هذا الرأى المؤيد بالفقه والقضاء معاً أن يأخذوا

---

(١) بارد ن ١٢٦ ص ١٧٠ — ١٧٢ تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٥ ن ٦٨

(٢) بلانيول ج ١ ص ٧٣٠ ن ٢٣٥٢ .

(٣) بلانيول ج ١ ص ٧٣٠ ن ٢٣٥٢ .

فى سبيل حماية المشترى من المشترى بنظرية الوارث الظاهر[١] حتى يقرروا الحكم بصحة التصرف الصادر من المشترى الاول الى المشترى الثانى ، بل أصروا على ان يجعلوا زوال العقد يتمشى على آثاره وعلى ما ترتب عليه من الحقوق مهما كان المشترى من المشترى حسن النية وفى حاجة الى العطف[٢]

٧٩ — وبناء على هذه القاعدة القاسية قرر أصحاب الاثر الرجعى للالغاء فقها وقضاء الغاء التصرفات الحاصلة من المشترى الى الغير حسنى النية . أجازوا ذلك ولو كان سبب دعوى الالغاء الغلط[٣] ، الا اذا كان الغلط جسيما من جانب مدعى الالغاء ، كما اذا أشرك الوارث الحقيقى وارثا آخر معه غير حقيقى واعترف له بالوراثة ثم تبين له فيما بعد عدم صحة وراثة هذا الشريك[٤]

٨٠ — وأجازوا الاثر الرجعى للالغاء اذا كان سبب دعوى الالغاء راجعا الى الغش[٥] ، ولم يرضوا بالاكتفاء بالحكم بتعويض ضد فاعل الغش[٦]

٨١ — ولكنهم قالوا بصحة التصرف اذا كان الغير حسن النية واشترى بالمزاد عقارا مملوكا للقاصر ، حتى ولو تبين ان باجراءات البيع نقصاً فيما يتعلق بالشروط القانونية[٧]

٨٢ — وقالوا أيضاً بجواز التملك فى هذه الحالة بالسبب الصحيح وحسن النية اذا كان الغير قد اشترى من المشترى الاول وهو لا يعلم طبعا بما عاب عقد المملك له[٨] ولو كان سبب الالغاء الاكراه[٩]

---

(١) héritier apparent (٢) بلانيول ج ١ ص ٧٣٠ ن ٢٣٥٣
(٣) erreur (٤) دالوز براتيك ج ٨ ص ٤٠١ ن ٦٩ . — تعليقات دالوز على المادة ١١١٠ ن ١٨٩ وعلى المادة ١٣١٢ ص ٢٩٤ ن ٦٤ (٥) dol
(٦) دالوز براتيك المذكور ن ٧٠ . — تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٤ ن ٦٦
(٧) دالوز المذكور ن ٧١ (٨) دالوز براتيك المذكور ن ٧٢ . — تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٥ ن ٧٤ (٩) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٤ ن ٦٥ . — وانظر ايضا ن ٦٧ التى قررت قاعدة الالغاء بوجه عام أى مهما كان السبب فى الالغاء

٨٣ — ولا تصدق قاعدة الاثر الرجعى، بما يترتب عليها من ابطال تصرفات العاقد الذى ألغى عقده، الا فى حالة العقارات فقط. وأما فى حالة المنقولات فلا تسرى هذه القاعدة، نظراً لتلك القاعدة الاخرى القائلة بأن «حيازة المنقول سند تمليكه» المقررة بالمواد ٦٠٧/٧٣٣ و٦٠٨/٧٣٤ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى، ما عدا الحالة الخاصة بالاكراه سواء كان سرقة باكراه، أو سرقة عادية (١)

٨٤ — **تصرفات القاصر**: تصرفات القاصر قابلة للالغاء والبطلان. فاذا أقرها بعد بلوغه زال عنها ما يهددها. وله طلب الغائها بعد بلوغه. ولوصيه اثناء قيام الوصاية حق طلب الالغاء. واذا حصل تصرف من المشترى من القاصر للغير بطل التصرف أيضاً بابطال عقد المملك لهذا الغير ولو كان هذا الاخير حسن النية (٢)

ولا يشترط فى دعوى الغاء تصرفات القاصر أن يثبت حصول غبن له، بل تقبل دعوى الالغاء سواء حصل له غبن أو لم يحصل، لان المسوغ للدعوى هو القصر ليس غير (المادة ١٣١/١٩٠ مدنى)

وليس الغبن بالقانون المصرى بوجه عام سببا فى الغاء العقود، بخلاف القانون الفرنسى فانه أجازه سبباً للالغاء فى أحوال ثلاثة: ١) اذا كان الغبن حاصلا فى بيع عقار وزاد الغبن عن $\frac{7}{12}$ من الثمن. ودعوى الالغاء هى للبائع فقط (المادة ١٦٧٤ مدنى) — ٢) يؤخذ بالغبن باعتباره سبباً فاسخا للعقد فى حالة القسمة وزاد الغبن عن الربع (المادة ٨٨٧ مدنى) — ٣) يؤخذ بالغبن فى حالة قبول الوارث للتركة اذا استغرقت بالوصايا العديدة (المادة ٧٨٣ مدنى). وما دام لا يوجد لهذه الحالات الثلاثة أمثال بالقانون المصرى فلا يؤخذ عندنا بالغبن باعتباره سبباً

غشا كان أو غلطا أو اكراها: انظر المادة ١١١٧ مدنى فرنسى التى اجازت الفسخ عند العيب فى الرضاء وذكرت فى هذا الموطن اسمى الدعويين، دعوى الفسخ بسبب عيب فى الرضا action en nullité ودعوى الفسخ بسبب الغبن action en rescision

(١) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٢ ص ٢٩٥ ن ٧٥ (٢) تعليقات دالوز المذكور ن ٧٤

لاغيا ومبطلا للعقد [١]

الا أن الشارع المصرى أباح الغبن فى حالة واحدة فقط ولمصلحة القاصر فيما اذا بيع عقار له وزاد الغبن عن الخمس . ولا ترفع الدعوى أولا بالالغاء ، انما ترفع أولا وضرورة بطلب تكملة الثمن (المادة ٣٣٦/٤١٩ مدنى) .ولا تستحيل الدعوى فى نظرنا الى طلب الغاء العقد وابطاله الا اذا لم يقم المشترى بالوفاء بتكملة الثمن [٢] وتسقط دعوى تكملة الثمن بمضى سنتين (المادة ٣٣٧/٤٢٠ مدنى) ونرى تبعاً لذلك أيضاً أن دعوى الفسخ التى قلنا بها عند عدم قيام المشترى بالوفاء بالثمن ، تسقط هى الاخرى بمضى سنتين

٨٤– ومما نتساءل فيه كيف تبيح القواعد العامة للقاصر حق طلب الغاء العقد الصادر منه مهما كان نوعه و بصرف النظر عما أصابه أولم يصبه من الغبن شىء ما ، بينما يقرر الشارع بالمادة ٣٣٦ المذكورة قصر الدعوى على المطالبة أولا بتكملة الثمن وعلى شرط أن يكون الغبن زائداً عن الخمس وأن يكون العقد عقد بيع ؟ الذى نراه أن القاعدة العامة فى طلب الالغاء قائمة . وانما من المحتمل أن يكون قد شرعت قاعدة المطالبة بتكملة الثمن فى حالة ما اذا كان التصرف حاصلا ممن يتولون الوصاية على القصر ، وقبل أن تتقرر قيود تربط الاوصياء فى التصرف فى أموال القصر ، وهى القيود التى كانت مبينة بلائحة المجالس الحسبية الملغاة والصادرة سنة ١٨٩٦ ، والتى أصبحت الآن جلية بقانون المجالس الحسبية الاخير الصادر فى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ (المادة ٢١ من القانون المذكور والخاصة بضرورة الحصول على اذن من المجلس الحسبى فى حالة التصرف) ونرى أنه لا محل للاخذ بالمادة ٣٣٦ المذكورة فيما اذا كان تصرف الوصى مطابقاً لقيود المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الاخير ، اذا كان التصرف صحيحاً من الوجهة الشكلية القانونية من حيث الحصول على مصادقة المجلس

(١) الالتزامات لنا ص ١٣٢ ن ١٤٤ وص ١٣٣ ن ١٤٦ (٢) انظر مع ذلك البيع للهلالى بك ص ٤٩٧ ن ٧٢٣

الحسبى. وان كانت المادة ٣٣٦ خاصة بالقاصر الا أن القضاء المصرى جرى على أنها تتمشى أيضاً على كل من كان مفقود الاهلية. أما الفقه المصرى فقد اختلف فى الرأى [١]

٨٥ — ومما تقدم يرى أن التصرف الحاصل من القاصر أو من مفقود الاهلية بوجه عام تصرف قابل للبطلان . فاذا قضى بالبطلان كان لهذا الأخير أثر رجعى يتمشى على جميع التصرفات الحاصلة ممن ألغى عقده الى الغير ، سواء كان هـذا الغير حسن النية أو سيئ النية . هذا هو مذهب القائلين بالاثر الرجعى للالغاء . أى أنهم لطفوا من قسوة هذا المذهب بأن أجازوا للغير حسن النية حق التملك بالتقادم الخمسى اذا كان لديه سبب صحيح كما رأينا

٨٥ مكرر — فى اشهار الاحكام الملغية: ان الحكم الملغى للعقد لا يملك من حكم له حقاً لم يكن مملوكا له من قبل : بل الحـكم يعتبر مؤيداً لحق مقرر من قبل . لان بالحكم الملغى للعقد زالت جميع التصرفات الحاصلة على العقار بمعرفة المشترى . وتعتبر الملكية فى يد المدعى مستقرة لديه لم تبرحه . وعلى ذلك لا محل لتسجيل هذا الحكم[٢] الا أن الشارع رأى مع ذلك أن يقرر تسجيل الحـكم . ومع تقريره لهذا التسجيل فانه لم يقرر له جزاءاً شديداً يترتب عليه زوال أثر الحـكم عند عدم التسجيل . بل قرر تغريم الـكاتب مبلغ ٥٠٠ قرش فقط (المادة ٦٤٠/٧٧٣ مدنى والمادة ٤ من قانون التسجيل الفرنسى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥) والغرض حينئذ من هذا التسجيل انما هو مجرد اخبار الغير من طريق الحيطة بان المالك الظاهر ، وهو المشترى المفسوخ عقده، أصبح غير المالك الحقيقى[٣] وليس المقصود من تسجيل الحكم نقله حرفياً ، انمـا المقصود التأشير به بالسجل الذى تسجل به العقد المحـكوم بالغائه

هذا ونلاحظ أن المادة ٤ من قانون التسجيل الفرنسى الصادر سنة ١٨٥٥ قالت[٤]

---

(١) شرح المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٢٥٢ . — البيع للهلالى بك ص ٤٩٨ الهامش ٤

(٢) بلانيول ج ١ ص ٧٣١ ن ٢٣٠٦ (٣) بلانيول النبذة السابقة . — بارد ج ١ ص ١٧١ ن ١٢٧

(٤) tout jugement prononçant résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit.

بما يجب أن يقارن بما قالت به المادة ٦٤٠/٧٧٣ المصرية [١]

وينصرف غرض الشارعين من العبارات المختلفة التي استعملاها الى الغاء العقد سواء كان الالغاء يرجع للعيوب التي تشوب الرضاء[٢] أو عيب الغبن (وذلك بقول الشارع الفرنسى دون المصرى بعيب الغبن[٣] أو كان الالغاء يرجع الى فسخ العقد[٤] لرفع البائع دعوى الفسخ بسبب عدم دفع المشترى الثمن طبقاً للمادة ٣٣٢/١٦٧٤ مدنى فرنسى[٥]

و بناء على ذلك يرى انصار الاثر الرجعى ان حقوق الغير حسن النية تتأثر بالالغاء سواء كان الالغاء ناشئاً عن عيوب الرضاء أو عيب الغبن ، أو عن طلب الفسخ اذا طلبه البائع بسبب عدم دفع المشترى الثمن [٦]

المادة ٦٢٠/٧٤٧ مدنى والاثر الرجعى : تقرر هذه المادة ما يأتى : « لا يحتج[٧] بحق البائع فى فسخ البيع[٨] على من سجل بموافقة الاصول[٩] حقوقه العينية التى حازها من المشترى أو ممن انتقلت اليه حقوق المشترى[١٠] قبل تسجيل عقد البيع »

وتقول المادة ٧ من قانون التسجيل الفرنسى الصادر سنة ١٨٥٥ والمقابلة للمادة المصرية ما يأتى : « لا يجوز رفع دعوى الفسخ المقررة بالمادة ١٦٥٤ من قانون نابليون بعد انقضاء امتياز البائع ، اضراراً بالغير الذين اكتسبوا حقوقاً على العقار بسبب المشترى ، ويكونون قد راعوا القيود القانونية المقررة فى حفظ حقوقهم »

ومن هذين النصين المصرى والفرنسى يرى أنه لا يجوز للبائع حق رفع دعوى فسخ البيع بسبب عدم دفع الثمن من المشترى اضراراً بالغير اذا سبق لهذا المشترى

---

(١) ... les jugements qui annuleront ou declareront la résolution d'un acte transcrit.

(٢) وذلك بقولها annuleront و nullité

(٣) rescision (٤) résolution (٥) فى هذه العبارة الاخيرة انظر بلانيول ج ١ ص ٧٣١ ن ٢٣٥٦ الهامش الاول

(٦) بلانيول ج ١ ص ٧٣١ ن ٢٣٥٦.

(٧) n'est pas opposable (٨) l'action résolutoire

(٩) régulièrement transcrit (١٠) ayants droit

أن تصرف فى العقار للغير وسجل الغير عقده قبـل تسجيل البـائع عقد البيع ، وهو التسجيل الذى يريد به البائع حفظ حق الامتياز المقرر له على العقار ضماناً لدينه بالثمن (انظر المادة ٦٠١ / ٧٢٧ فقرة ٧ مدنى . والمادة ٦١٤ / ٧٤١ مدنى)

اذا علم ذلك كيف يمكن التوفيق بين نص المادة ٦٢٠ / ٧٤٧ مدنى و ٧ من قانون سنة ١٨٥٥ الفرنسى من جهة ، و بين المادة ٦٤٠ / ٧٧٣ مدنى و ٤ من قانون سنة ١٨٥٥ الفرنسى من جهة أخرى ؟ اذ بينما المادة ٦٤٠ تقرر الاثر الرجعى لحـكم الفسخ[1] ، تحظره المادة ٦٢٠ ولا تقضى به ضد المـكتسب لحق عينى عقارى سجل عقده قبل تسجيل عقد البيع ؟ الواقع أن لا تناقض بين المادتين . لان المادة ٦٢٠ خاصة بحالة تصرف المشترى الاول للغير ، حيث لا أثر رجعى. والمادة ٦٤٠ خاصة بحالة عدم تصرف المشترى الاول للغير ، حيث يؤخذ بالاثر الرجعى ، اذ لاوجود للغير حتى يقال بوقوع الضرر

المبحث الثانى — البطلان النسبى بسبب يرجع للغير

٨٦ — يتناول هذا البحث الامور الثلاثة الآتيـة : دعوى ابطال تصرفات المدين . ودعوى الصورية . ودعوى النزاع فى الملـكية . ونفرد لكل منها قولا

(١) دعوى ابطال تصرفات المدين

٨٧ — ولو أنه ليس للدائن العادى ، الذى لم يتقرر له بالاتفاق مع مدينه ، تأمين خاص معين ضماناً لدينه ، حق الطعن فى اعمال مدينه فيما يتعلق بتصرفات هذا الاخير فى حالة المنقول والعقار ، الا أنه اذا تبين بان المدين انما أراد بالتصرف الاضرار بدائنه والحيلولة بينه و بين الحصول على دينه ، جاز لهـذا الدائن حق رفع دعوى الابطال[2] أو الدعوى البوليصية (نسبة الى بولص البريتور الرومانى وهو أول من قررها) بشروط ثلاثة وهى الضرر والتدليس والتواطؤ[3]

---

(١) résolution (٢) action révocatoire

(٣) الالتزامات لنا ص ٣٣١ ن ٣٣٦ مكرر وما بعدها

فاذا توافرت شروط دعوى الابطال وقضى بابطال العقد الصادر من المدين ، فما هو أثر هذا الابطال بالنسبة للغير ، أى بالنسبة لمن تملك حقوقاً عينية على العقار المبيع من المدين ؟ فاذا فرض وباع المشترى العقار الى مشتر ثان فهل يترتب على ابطال عقد المشترى الاول ابطال عقد المشترى الثانى وذلك باعتبار أن زوال العقد الاول يترتب عليه حتما زوال ما تفرع منه ، أم أن عقد المشترى الثانى ، حسن النية لا يتأثر بابطال عقد مملكه ؟

٨٨ — وبعبارة أخرى ما هى ماهية دعوى الابطال ، وما هو التكييف القانونى لها ؟ فهل هى دعوى الالغاء[١] أو دعوى اصلاح الضرر[٢] أم هى دعوى عينية ، أم دعوى شخصية ؟

ولقد احترقت لهذا التكييف أقلام الكاتبين وذهبت فيها مذاهب مختلفة . ومن قال منهم بان دعوى الابطال عينية انما يرمى الى ما يرمى اليه القائلون بالعينية للاثر الرجعى للشرط الفاسخ فى العقود التبادلية ، وللاثر الرجعى للالغاء فى دعوى الالغاء ، بما تبيناه فى مكانه هنا . ويريدون بالعينية حينئذ أن دعوى الابطال تنصب على العقار ، ليعود العقار الى مال المدين حراً من كل حق عينى تقرر عليه بفعل المشترى من المدين . ويقول أنصار شخصية دعوى الابطال ان أثرها لا يتعدى دائرة المدين والمشترى منه ، بحيث لا تتأثر بدعوى الابطال الحقوق العينية العقارية التى تكون قد تقررت على العقار بفعل المشترى .

٨٩ — ويظهر أن الرأى الاصح فى ذلك هو القول بان لهذه الدعوى خصائص معينة ، وان كانت تجمع بين العينية والشخصية ، الا أنها خصائص قد تقررت لها مع الزمن على ضوء الاعتبارات العملية من عهد الرومان للآن . وكان ولازال الغرض الذى ترمى اليه انما ينصرف الى حماية حقوق الدائنين مع عدم المساس بمصالح الغير حسن النية[٣]

---

(١) action en nullité (٢) action en réparation du préjudice

(٣) الالتزامات لنا ص ٣٤٧ ن ٣٥٣

وربما كان جنوحها الى الشخصية اقرب منه الى العينية . لان الفقه والقضاء (ما عدا بعض الشذوذ الذى لا حكم له) يعملان على حماية الغير حسن النية ، ولا يرغبان فى الاخذ بالمنطق البحت القائل بانه ما دام قد زال عقد المشترى فلا بد أن يترتب على زواله زوال العقود الاخرى التى نشأت عنه بفعل المشترى . والذى نراه نحن فى هذا الشأن أن نرجع الى « نظرية التفاضل » التى نستعين بها فى كل اشكال بين المصالح المتعارضة . ونتساءل أى الاثنين أجدر بحماية القانون له ؟ الدائن العادى الذى لم يحتط فى حماية حقه بتأمين خاص ، أم المشترى من المشترى ، وقد اطمأن الى عقد البائع له ، اذ لم يرَ به شائبة تشوب الملكية ، ولذا تعاقد بحسن النية معه ؟ ان الضرورة العملية بل والعدالة تقضى بان يفضل المشترى من المشترى على الدائن العادى . لانه يجب على الدائن العادى أن يتحمل نتائج ثقته بمدينه ، فاذا خانه فيها هذا الاخير وجب أن لا تتأثر مصالح الغير بنتائج هذه الجناية

وعلى ذلك لا يتأثر الغير بحكم الابطال الا فيما اذا كان هذا الغير سيئ النية . لان القانون لا يحمى سوء النية ولا يجد فيهـا مسوغاً للرعاية . وكذلك لا محل لحماية الغير فيما اذا كان موهوباً اليه

٨٩ مكرر — نعم وان كان غريباً أن يحكم بابطال عقد المشترى من جهة ، ويحكم بصحة عقد المشترى منـه من جهة أخرى ، وان فى ذلك تعارضاً قد لا يقبله المنطق البحت كما قلنا ، الا أن الاعتبارات العملية هى التى تقضى بذلك . ومن طريق آخر فاننا نرى أنه ليس مما ينصرف اليه ابطال عقد المشترى زواله مع زوال أثره بالمرة . انما ينصرف الحـكم بصحة دعوى الابطال الى تقرير تعويض للدائن يتقاضاه من هذا المشترى الذى يعتبر شريكا مع المدين فى ارتكاب الغش اضراراً بالدائن . أى أن جزاء التهريب لا ينصب على العقد بالذات وقد ارتبطت به مصلحة الغير حسن النية ، انما ينصب على الحـكم بتعويض ليس غير

---

(١) الالتزامات لنا الصفحة والنبذة السابقتين

٩٠ — هذا ولا يتعدى أيضاً أثر الدعوى طرفى الخصومة . ولذلك لا يسرى الحكم القاضى برفض الدعوى على الدائن الذى لم يشترك فيها . لان الدعوى انما رفعت باسم الدائن رافعها خاصة ، ولم يرفعها بالنيابة عن جماعة الدائنين . ولذلك لا يستفيد من الحكم بابطال التصرف الا من اشترك من الدائنين فيها . وهذا ما يجعل دعوى الابطال تختلف عن الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن بالنيابة عن مدينه المقصر [١]

٩١ — وان كانت دعوى الابطال من الوسائل الدفاعية التى قررها القانون حماية للدائن ليستعين بها على ابطال تصرف المدين ، الا أنها كما رأينا وسيلة قد يتعطل اثر الاستفادة منها فيما اذا تصرف المشترى لمشتر ثان حسن النية . وليس الحكم بتعويض للدائن قبل المدين مما يطمع فيه . لان المدين الذى يعمل على تهريب أملاكه اضراراً بدائنيه يكون فى الغالب ممن نزل بهم العوز وأصبحوا معسرين

٩٢ — وان قيل بزوال الخطر من الدائن فيما اذا لم يتصرف المشترى فى العقار المبيع قبل رفع دعوى الابطال ، وانه يترتب على الحكم بالابطال ضمان الدائن فى الحصول على دينه من طريق التنفيذ على العقار الذى رد الى مال المدين ، الا أن هناك خطراً آخر يحدق بالدائن ، فيما اذا تصرف المشترى بعد رفع الدعوى واثناء قيام الخصومة الى مشتر ثان حسن النية . لذا جرى العمليون على تسجيل عريضة الدعوى فى هذه الحالة ايذانا للغير بالامتناع عن التعامل مع المشترى بشأن العقار . ولكن لما كانت عريضة الدعوى ليست من الاوراق المنشئة أو الناقلة أو المعدلة لحقوق عينية عقارية ، وهى الاوراق المقررة بالمواد ٦١١ / ٧٣٧ و ٦١٢ / ٧٣٨ مدنى فلا يكون تسجيلها حجة على الغير حسن النية . لان هذا الغير ليس ملزما قانونا فى هذه الحالة بضرورة الاطلاع على هذا التسجيل . وعلى ذلك اذا بيع العقار اثناء قيام الخصومة لدى القضاء الى الغير حسن النية ، نفذ العقد على الدائن رافع دعوى الابطال

---

(١) الالتزامات لنا ص ٣٤٩ ن ٣٥٦ وما بعدها

(٢) دعوى الصورية

٩٣ — ان العقد الصورى غير موجود قانوناً ولا يترتب على الصورية أى أثر ما. لان الصورية أزالت العقد الظاهر بالعقد الساتر أى ورقة الضد . فكأنه لا تعاقد ولا التزام . انما لما كان لا يجوز للفرد أن يتقاضى حقه بنفسه وبقوته ، فلصاحب العقد الساتر وهو الخفى أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم مظهر أى مؤيد للصورية . واذا قضى بالصورية دل ذلك على أن الطرفين لم يرتبطا باى رباط ما وانهما لم يتعاقدا تعاقداً منشئاً لحق من الحقوق

٩٤ — ولما كان للصورية نتائج تتأثر بها أيضاً حقوق الغير حسنى النية فان القضاء والفقه الفرنسيين لم يتفقا على الاخذ بالنتيجة التى أخذا بها فيما يتعلق بأثر الحكم الصادر فى دعوى ابطال تصرفات المدين . لانه بينما لا يتأثر الغير حسن النية بحكم ابطال تصرف المدين الى المشترى (المشترى البائع للمشترى الثانى) فان الفقه والقضاء بفرنسا قد اختلفا فى تقرير الاثر فى الصورية . فقال البعض بتأثر حقوق الغير حسن النية بالحكم القاضى بالصورية . وقال البعض الآخر بعدم تأثرها مطلقاً

٩٥ — وحجة الرأى الاول القائل بتأثر حقوق الغير بحكم الصورية أن ليس للعقد الصورى أثر ما فى عالم الوجود ، وان العقد الصورى ، وهو العقد الظاهر ، معدوم الوجود ، اذ قضى عليه العقد الخفى ، وهو ورقة الضد . وما ترتب على المعدوم فهو معدوم . وعلى ذلك يكون للحكم القاضى بالصورية أثر رجعى على التصرفات الحاصلة من المشترى الصورى ، سواء حصلت هذه التصرفات الى الغير حسن النية أو سيء النية . لانه ما دام أن البائع (وهو المشترى الأول) لم يملك مطلقاً فلا يستطيع أن يملك المشترى منه شيئاً ما مطلقاً [1] ولأنه قياساً على المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى التى

---

(١) كابتان وكولين ج ٢ ص ٦٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٠ — د ، ٩٠٥ ، ٢ ، ١٢٧ — استئناف ٢٨ مايو ٩١٣ م ر ا ، ١٥ ص ١٤٠ رقم ٧٢ . وقد اشار هذا الحكم المصرى

تقول: « المالكون لحق معلق على شرط توقيفى أو على حق قابل للفسخ فى بعض الاحوال أو معرض للفسخ بسبب الغبن لا يجوز لهم أن يرهنوا هـذا الحق الا بالشروط التى تعلق بها حقهم فى الفسخ أو غيره . ويستثنى من ذلك ما اذا كان الرهن حاصلا من جميع المالكين الخ . . . . » لا يجوز حينئذ للمالك الصورى أن ينقل للمشترى منه حقاً غير ذلك الحق المقرر له وهو الحق الصورى[1]

٩٦ — وحجة الرأى الثانى الذى يأبى الاخذ بالاثر الرجعى ولا يرضى بتأثر الغير حسن النية بالحكم القاضى بالصورية ، هى المادة ١٣٢١ فرنسى التى تقول ما يأتى : « ليس لاوراق الضد أثر الا بين المتعاقدين . وليس لها أثر على الغير » وانه ليس للصورية أثر رجعى حتى ولو كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ باحدى الطرق المبينة بالمادة ٢٢٩/٢٩٤ و١٣٢٨ مدنى فرنسى . لأن الشارع الفرنسى (بالمادة ١٣٢١ المذكورة) لم يشأ أن يلحق الاضرار بجماعة الغير الذين اعتمدوا فى تعاملهم مع المملك لهم الحائز للعقد ، فيما اذا تقدمت ضدهم ورقة الضد . وعلى ذلك لا تتأثر حقوق الغير بصورية العقد المملك للمملك لهم ، سواء ثبتت الصورية فيما بعد بورقة الضد أو بأى طريقة أخرى[2]

٩٧ — **القضاء الفرنسى** : رأينا أن الرأى الغالب لدى الفقـه الفرنسى هو الرأى الثانى القائل بعـدم الأخذ بالأثر الرجعى للصورية اضراراً بحقوق الغـير . والقضاء

الى الرأيين المتعارضين ورجح الاخذ بالرأى الاول والغى الحـكم الابتدائى الذى اخذ بالرأى الثانى القائل بعدم نفاذ حكم الصورية على الغير حسن النية . — تعليقات دالوز على المادة ١١١٠ ص ٩٣٦ ن ١٨٨ . ومن هـذا الرأى ايضا لارومبيير ودومولومب . — الالتزامات لنا ص ٣٥٧ ن ٣٦٥

(١) فيما يتعلق بشرح المـادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى انظر كتابنا فى التأمينات ص ١٢٠ ن ١١٦ و ص ١٢١ ن ١١٨ . وفيما يتعلق باستخدام المادة المذكورة لدى انصار هذا المذهب انظر بارد ج ١ ص ٧٦٥ ن ٧٤٠ . وليس بارد من انصار هذا المذهب

(٢) راجع فى ذلك كله بارد ج ١ ص ٧٦٥ وما بعدها ن ٧٤٠ — انظر الادلة فى اثبات الالتزامات لنا ج ١ ص ٣٢٧ وما بعدها . — بلانيول ج ٢ ص ٣٩٧ ن ١٢٠٣ — دالوز براتيك ج ٨ ص ٤٦٠ ن ٦٣٩ .

الفرنسى قد اختلف أيضاً فى تقرير نظره بشأن هذين الرأيين . اذ تارة يأخذ بالرأى الأول القائل بالاثر الرجعى . وهذا هو قضاؤه الحديث[١] وطوراً يأخذ بالرأى الثانى القائل بالاثر الرجعى وضرورة حماية الغير[٢] وعلى هذا الرأى كما رأينا بلانيول وبارد. الا ان أبرى ورو يريان بأنه يؤخذ بالرأى الثانى فيما اذا كان الغير مكتسباً بمقابل كأن كان مشترياً أو دائناً مرتهناً . ولا يريان محلا لحماية الغير فيما اذا كان هذا الغير قد اكتسب الحق على العقار بلا مقابل كأن كان موهوباً له[٣]

٩٨ — القضاء المصرى المختلط : تارة يأخذ هذا القضاء بالرأى الاول القائل بالاثر الرجعى وتأثر حقوق الغير بالصورية . وحجته أن دعوى الصورية لا تعتبر فى ذاتها وفى حقيقة الواقع لا دعوى فسخ[٤] ولا دعوى الغاء وابطال[٥] انما ترمى دعوى الصورية الى الحكم بأن العقد لم يسبق له وجود ما[٦] وعلى ذلك ليس للدائن المرتهن رهناً رسمياً من مدينه المالك الظاهر بعقد بيع صورى حق الاحتجاج على دائن البائع ، ذلك الدائن الذى رفع دعوى الصورية وقضى له بها بالمادة ١٧٦ و١٩٧ مدنى مختلط . ما دام أن هاتين المادتين متعلقتان فقط بالعقود التى يقضى بفسخها (المادة ١٧٦) أو بابطالها (المادة ١٩٧)[٧] ذلك لانه وان كان الشارع المختلط قد قرر بأنه ليس لفسخ العقود وابطالها أثر بالنسبة لطائفة المرتهنين رهناً رسمياً ، الا أن ذلك مقصور فقط على حالة الفسخ والابطال . وأما والدعوى الصورية لا ترمى الى فسخ أو ابطال انما ترمى الى الحكم بالتقرير بعدم وجود أثر ما للعقد باعتبار أنه لم يولد بالمرة فى عالم القانون فلا محل حينئذ للأخذ بالمادتين المذكورتين فى حالة الصورية

---

(١) س : ٩٠٠ ، ١ ، ٧٢ . — د ، ٩٠٥ ، ٢ ، ١٢٧ ويؤيد هذا الرأى كابتان مع كولين كما رأينا : كتابهما ج ٢ ص ٦٤ (٢) د ، ٩٣ ، ١ ، ٣٦٩

(٣) كتابهما ج ٤ الطبعة الخامسة ص ٢٤٢ النص والتعليق ٥٣ (٤) résolution

(٥) nullité (٦) inexistence (٧) استئناف م ٦ مارس ٩١٣ م ت ق ، ٢٥ ، ٢١٤ . — ج ع ٣ ص ٥٧٢ ن ٥٩٩٢

٩٩ — وتارة يأخذ هذا القضاء المختلط بالرأى الثانى القائل بالأثر الرجعى للصورية ضد الغير فيما اذا كان هذا الغير مشترياً بحسن نية من البائع له المالك الصورى [١] أو كان هذا الغير ممن تملك بوجه عام حقاً عينياً على العقار [٢] وحجته فى تقرير رأيه انه اذا أخذ بالعكس أى بالأثر الرجعى فيما يتعلق بالتصرفات العينية العقارية المسجلة طبقا للقانون، لترتبت على ذلك نتائج خطرة فى هذه المعاملات، واشكالات قد تضر بها ضرراً ظاهراً [٣] ولكن اذا صدر الحكم بالصورية وأشهر الحكم على الكافة من طريق التسجيل، أصبح حجة على الغير ولا محالة [٤] على أن هذا القضاء لم يشأ من طريق آخر اعتبار المشترى من المالك الصورى فى حماية تامة وبوجه عام من هجمات المنازعين له [٥] كما أنه لم يشأ أن تكون حمايته للغير تشمل أيضا الدائنين للمشترى بحسن نية من البائع المالك الصورى . اذ يأبى على هؤلاء الدائنين التمسك بالأثر الرجعى قبلهم [٦]

١٠٠ — **القضاء الأهلى** : رأى هذا القضاء الأخذ بالرأى الاول القائل بالأثر الرجعى وعدم حماية الغير حسن النية [٧] وحجة هذا القضاء بعد أن وازن بين الرأيين وبعد أن أشار الى ما أخذ به القضاء المختلط بالرأى الاول، ان العقد الصورى لا وجود له بالمرة وأن هذا الرأى « فى غاية من الصواب والعدل » [٨]

---

(١) استئناف م ٢٠ يونيو ٩١٨ م ت ق ، ٣٠ ، ٤٨٢ (٢) ١٣ مايو ٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٨٤ (٣) استئناف ٢٧ فبراير ٩١٧ م ت ق : ٢٩ ، ٢٥٣

(٤) حكم ١٣ مايو ٩٠٩ المذكور بالهامش ٢ (٥) ١٦ مارس ٩١٥ ، ٢٧ ، ٢١٩

(٦) ٧ مارس ٩١٢ ، ٢٤ ، ١٧٦ (٧) استئناف ٢٨ مايو ٩١٣ م ر ا ٠ ١٥ ص ١٤ رقم ٧ . وهذا الحكم الغى الحكم الابتدائى الذى اخذ بالرأى الثانى القائل بالاثر اللارجعى بالنسبة للمشترى حسن النية (٨) ص ١٦ العامود الثانى فى النصف الاول من المجلة المذكورة

(٣) دعوى النزاع فى الملكية والمشترى من أحد المتنازعين

١٠١ — يحصل أن يتنازع اثنان على عقار ويدعى كل منهما ملكيته له ويأتى أحدهما وهو المالك الظاهر الذى تؤيده مظاهر الملكية وأماراتها الخارجية ، ويبيع العقار الى مشتر . ثم يصدر الحكم فى دعوى النزاع بعدم ملكية البائع . فهل يسرى هذا الحكم على المشترى أم لا يسرى ؟

ان رجعنا للمنطق البحت قلنا ان الحكم ناف للملكية لدى البائع . وعلى ذلك لا يملك المشترى ، ما دام قد اشترى من غير مالك

أما اذا رجعنا الى قواعد التسجيل والأصول المقررة فيه من حيث العلانية والاشهار فانه يجب ترك المنطق جانباً ، ويجب الأخذ بقواعد التسجيل وأحكامه . وعلى ذلك نقول بأنه اذا اشترى المشترى وسجل عقده قبل الحكم نفذ عقده على الحكم . أما اذا تسجل الحكم أولا ثم سجل المشترى عقده أخيراً نفذ الحكم على المشترى . وهذا ما قضت به دائرة الدوائر المختلطة بحكمها الصادر فى ١٥ ينايرسنة ٩١٤ [١] ولم يستقر هذا الرأى فى القضاء المختلط الا بعد أن اضطربت أحكامه فيه من قبل [٢] وتأيد هذا الرأى أيضاً بالقضاء الاهلى [٣] . ويأخذ به القضاء والفقه الفرنسيان [٤]

١٠٢ — واذا كان الحكم لا يسرى على المشترى الا اذا تسجل قبل تسجيل

---

(١) م ت ق ، ٢٦ ، ١٤٢ وعليه تعليق من محررى المجلة ، ومنشور أيضا بمجلة جا ، ٤ ص ٨٣ رقم ١٩٣ — انظر كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٢

(٢) فيما يتعلق بهذا الاضطراب انظر كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٢٤٦ — ٢٧٦ اذ شرحنا به هذه النظرية الهامة وبينا أوجه النظر المختلفة فيها . وبينا آراء الفقه بمصر بشأنها وفيما قرره « دى هلس » بمؤلفه ج ١ ص ٢٩٦ ن ٩٩ وغيره من رجال الفقه المصرى

(٣) أسيوط بهيأة استئنافية فى ١٧ مايو ٩١٩م ر ا ، ٢١ ص ٣٤ رقم ٢١ — وقبله حكم محكمة الاستئناف ١٧ مارس ٩١٠ م ر ا ، ١١ ص ٢٥٥

(٤) البانذكت ج ١٧ ص ٤٩٦ ن ١٠٥٢

عقد المشترى ، فان صاحب الحكم يصبح أثناء نظر الدعوى وهو مهدد بأن يقوم المشترى بتسجيل عقده قبل صدور الحكم وأثناء قيام النزاع . ومن أجل هذا الخطر الذى يهدد صاحب الحكم ، جرت عادة العمليين أن يسارعوا الى تسجيل عريضة الدعوى حتى يقطعوا بذلك خط الرجعة على المشترى . فاذا سجل عقده الذى اشترى به العقار وقت قيام النزاع فلا يقع التسجيل الا بعد تسجيل عريضة الدعوى . ولكن هل تعتبر عريضة الدعوى من الاوراق الناقلة للملكية أو للحق العينى العقارى والخاضعة للتسجيل طبقاً للمادة ٦١١ / ٧٣٧ مدنى حتى يعتبر تسجيلها حجة على الغير؟ يجيب القضاء المصرى المختلط بالسلب ويرى أن الاوراق الخاضعة للتسجيل واردة بالمادة المذكورة عل سبيل الحصر[1] ويؤيده بعض رجال الفقه . ويقول البعض الآخر بالايجاب[2]

ويظهر أن الرأى القائل بحصر الاوراق الخاضعة للتسجيل هو الرأى الاصح فى عهد التسجيل الخاضع للقانون المدنى . ولكن الشارع المصرى قد تطور فى تقرير قاعدة حصر الاوراق الخاضعة للتسجيل . ذلك أنه أباح بالمادة ٧ من قانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ ، كما سنشرح ذلك فى مكانه ، أنه يجوز تسجيل عريضة الدعوى فى بعض الاحوال المعينة . ويكون التسجيل فى هذه الحالة حجة على الغير ، أى على من تتقرر له الملكية أو يتقرر له أى حق عينى آخر منصب على العقار المتنازع فيه ، من تاريخ تسجيل العريضة . وهذه القاعدة من جانب الشارع مما تجعلنا نقول فى الوقت الحاضر بتعميم التسجيل عن كل ورقة لها علاقة بحق عينى عقارى . وسنبين ذلك فى محله عند ما نستعرض أمامنا فيما بعد أحوال المادة ٧ المذكورة وما ترمى اليه فى نصها الظاهر ، وما يجب أن تكون عليه من نص أوضح وأعم

---

(١) انظر كتاب الاموال لنا ص ٨٣٦ ن ٥٧٧ والهامش ٤ وانظر كتابنا فى اثبات الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٠ والهامش ١

(٢) الاموال لنا ص ٨٣٧ ن ٥٧٧ والهامش ١

§ ٣— البطلان والتشريع المختلط

١٠٣ — لاحظ الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ انه لما كان المزارع المصرى قد أثقلته أنواع عدة من الارهاق حتى أعوزه المال فطلبه فلم يجده ، رأى هذا الشارع ضرورة حماية الدائنين الأجانب الذين كانوا يمدون المزارعين بالاموال اللازمة لاستغلال أراضيهم وترويج المعاملات العقارية وغيرها بين الناس[١] فشرع لهم هذه القاعدة المقررة بالمادتين ١٧٦ و ١٩٧ مدنى مختلط و بغيرهما من المواد الاخرى فى أنه ليس لفسخ[٢] العقد الناقل للملكية العقارية أثر ضار بحقوق الدائنين المرتهنين رهنا رسمياً عقارياً و بحسن النية والمقيدة رهوناتهم بسجلات القيد ، وكذلك الحال بالنسبة لابطال هذا العقد والغائه[٣] . والذى نلاحظه بشأن تقرير هذه القاعدة ما يأتى :

١) نصت المادة ١٧٦ المذكورة على ما يأتى : « فسخ العقد[٤] المشتمل على انتقال ملك العقار لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين لذلك العقار[٥] اذا كانت رهوناتهم مسجلة[٦] » وقد وردت هذه المادة عقب المواد المقابلة تماما للمواد ١١٨ أهلى وما قبلها . ومن هذه المواد المادة ١١٧ أهلى (المقابلة للمادة ١٧٣ مختلط) التى أباحت الفسخ للدائن فيما اذا أبى المدين الوفاء بالتزامه كاملا . ويظهر أن المادة ١٧٦ مختلط جاءت استثناء للمادة ١٧٣ مختلط أى جاءت استثناء لقاعدة الفسخ . بحيث اذا قضى بالفسخ وترتب عليه زوال آثار العقد المفسوخ فلا يؤثر الفسخ على الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً . ويظهر أن الشارع المختلط ، وقد وضع القانون المختلط المحامى الفرنسى « مونورى » المعروف فى ذلك الحين ، متأثر بقاعدة الاثر الرجعى الفرنسية التى شرحناها فى حالة الفسخ والالغاء . لذا رأى وضع المادة ١٧٦ حتى يرمى بها الى

---

(١) دى هلس ج ١ ص ١١١ ن ٢٦ — الالتزامات لنا فى النظرية العامة ص ٢١٧ ن ٢٣٢

(٢) résolution (٣) nullité (٤) résolution

(٥) créanciers hypothécaires (٦) inscrits

تقرير قاعدة تتعارض مع ما كان معروفا فى ذلك الوقت من قاعدة الاثر الرجعى للفسخ والالغاء

٢) نصت المادة ١٩٧ المذكورة على ما يأتى : « بطلان [١] المشارطة المشتملة على نقل ملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة [٢] اذا كانوا قد ارتهنوا مع اعتقادهم صحة الرهن »[٣] وقد جاءت هذه المادة عقب المواد الاهلية ١٣٦ وما قبلها (المادة ١٣٦ أهلى وما قبلها تقابل المادة ١٩٦ مختلط وما قبلها) . والمواد ١٣٦ وما قبلها المعقودة تحت عنوان « فى التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين[٤] » . (على ما فى الترجمة العربيـة من العيوب الظاهرة) انما هى خاصة بالرضاء فى العقود . وعيوب الرضاء هى فقد الاهلية والغلط والاكراه والغش . أى أن المادة ١٩٧ مدنى مختلط قد جاءت على ما يظهر استثناء لقاعدة الابطال[٥] التبعى الناشئ عن الابطال المقرر للعقود المشوبة بعيوب الرضاء الاربعـة المعروفة . ولما كان للالغاء أثر رجعى عنـد الشراح الفرنسيين رأى « مونورى » واضع القانون المختلط أن يضع المادة ١٩٧ المذكورة حتى يكون الدائنون المرتهنون رهنـا رسميا فى مأمن من الاثر الرجعى للابطال

٣) ان الشارع المختلط أراد بالمادتين ١٧٦ و ١٩٧ مدنى مختلط مخالفة القاعدة المقررة عند الفرنسيين والقائلة بالاثر الرجعى فى حالتى الفسخ والابطال . ورأى القضاء المختلط أن لا يرجع فى حالة الصورية الى المادتين المذكورتين ، وأن لا يحمى الدائنين المرتهنين من المدين المالك الصورى ، لان الصورية خاصة بعقد غير موجود أصلا[٦]. أما المادتان ١٧٦و١٩٧ المذكورتان فانهما خاصتان بالعقد المهدد بالفسخ[٧]

---

(١) nullité (٢) créanciers hypothéaires insncrits
(٣) de bonne foi (٤) obligations conventionnelles
(٥) nullité (٦) inexistant (٧) résolution

أو بالا بطال[1] . لذا يرى هذا القضاء الاخذ بالاثر الرجعى فى هذه الحالة[2]

٤) لا محل للاخذ بالمادتين المذكورتين فى غير حالتى الفسخ والا بطال . وعلى ذلك لا يؤخذ بهما فيما اذا كان المدين الراهن مالكا بعقد مهدد بدعوى ابطال تصرفات المدين[3] ولكننا نرى مع ذلك حماية الدائن المرتهن رسميا حسن النية فى هذه الحالة ، بالرجوع الى آثار دعوى ابطال تصرفات المدين فيما اذا تقرر للغير حسن النية حق عينى على العقار

٥) هناك نصوص بالقانون المختلط ، ولبعضها أشباه بالقانون الاهلى ، تؤيد المادتين المذكورتين . من ذلك :

المادة ٢٤٢ مدنى مختلط القائلة بأنه فى حالة فسخ العقد بسبب استحالة الوفاء بالالتزام ، وما يترتب على هذا الفسخ من فسخ التعهدات الأخرى المتعلقة بالعقد ، فإن هذه القاعدة لا تسرى على الدائنين المرتهنين رهنا رسمياً (تقابل هذه المادة المختلطة المادة ١٧٩ أهلى ما عدا ما يتعلق بالدائنين رهنا رسميا) والشارع المختلط متأثر هنا أيضاً بالاثر الرجعى الفرنسى فى حالة الفسخ

والمادة ٣٤٠ مدنى مختلط ولا شبيه لها بالقانون الاهلى تقرر ما يأتى : « اذا رهن العقار بائعه فى الحالة الاولى من الحالتين المذكورتين فى العقد السابق لدائنه ولم يعلمه بالشرط المعلق عليه البيع ، أو رهنه المشترى فى الحالة الثانية لدائنه ولم يعلمه بالشرط المعلق عليه فسخ البيع ، فوقوع الشرط فى أى الحالتين لا يضر بحقوق الدائن المرتهن لعدم علمه » أما الحالتان اللتان أشارت اليهما هذه المادة فهما الواردتان بالمادة ٣٣٩ مدنى مختلط التى نصت على ما يأتى : « اذا وقع البيع معلقاً فسخه على حصول أمر معين تنتقل ملكية المبيع للمشترى من حين العقد . — واذا كان البيع معلقاً على أمر واقع فيما بعد فيعتبر المبيع ملكا للمشترى من تاريخ العقد » . والواقع أنه اذا لم

---

(١) nullité (٢) استئناف ٦ مارس ٩١٣ م ت ق ، ٢٥ ، ٢١٤ — ج ع ٣ ص ٥٧٢ ن ٥٩٩٢ (٣) ٦ نوفمبر ٩٠١ ، ١٤ ، ٣ — دى هاس ج ١ ص ١١٠ ن ٢٥

يكن لهذه المادة شبيه بالقانون الاهلى فانه يجب الاخذ بها ما دام أن شروط العقد وما يكتنفها من القيود الخاصة بها لا تكون حجة على الغير الا بالتسجيل بوجه عام . فاذا لم تعلن القيود التى تراضى الطرفان عليها فلا يمكن الاحتجاج بها على الغير سواء كان ذلك فى القانون المختلط أو الاهلى

والمادة ٤١٣ مدنى مختلط التى قررت ما يأتى : « اذا لم يدفع المشترى ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع مع مراعاة حقوق اصحاب الرهون العقارية المسجلة ومن انتقلت اليهم ملكية المبيع من المشترى مع استيفاء رسوم التسجيل و بين طلب الزام المشترى بدفع الثمن » وان كانت المادة ٣٣٢ أهلى المقابلة للمادة المختلطة هذه لم تشر الى الدائنين المرتهنين والى المشترين من المشترى وهم الذين سجلوا عقودهم قبل الفسخ ، الا أنه يجب الأخذ بالقانون الاهلى أيضاً بهذه القاعدة ، وذلك من طريق الرجوع الى قواعد التسجيل العامة

والمادة ٤١٧ مدنى مختلط والتى لا مثيل لها بالقانون الاهلى ، اذ قررت بأن الفسخ المنصوص عنه بعقد البيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن لا يحتج به على الدائنين المرتهنين المقيدين . واذا رجعنا الى القواعد التى تقررت فى التسجيل نرى أنه يجب الاخذ بهذه المادة أيضاً فى القانون الاهلى ما دام أن عقد البيع غير مسجل . وأما اذا تسجل وعلم به الغير ومنهم الدائنون المرتهنون ، فانه من المحتم أن يسرى الفسخ على الغير، مختلطاً وأهلياً . اذ لا يستطيع الغير أن يدعى لنفسه حقاً أكثر مما تقرر للمملك له ، ما دام أن عقد المملك مسجل ومعلن على الكافة . ولذا نرى أنه لا يؤخذ بالمادة المختلطة هذه الا اذا كان عقد المدين الراهن وهو عقد البيع الذى اشترى به العقار، عقداً غير مسجل . وأما اذا تسجل ونص به على الفسخ فقد أصبح الفسخ وقتئذ معلوماً لدى الغير . واذا قيل بالعكس ، أى بعدم نفاذ الفسخ المقرر بالعقد والمعلن على الكافة ، على الدائنين المرتهنين ، فلا حاجة حينئذ من التسجيل ، ولامتنع البائعون عن البيع ما دام

أن الفسخ غير نافذ على من يتملك حقاً عينياً على العقار المبيع ، وكان الفسخ منصوصاً عنه بالعقد وتسجل العقد وأصبح معلوماً للغير

ومما يؤيد هذا الرأى الذى لا بد من الاخذ به حتما ، المادة ٧٤٧ مدنى مختلط والمنقولة حرفاً بحرف بالقانون الاهلى بالمادة ٦٢٠ ، ونصها ما يأتى : « لا يحتج بحق البائع فى فسخ البيع على من أعلن بموافقة الاصول حقوقه العينية التى حازها من المشترى أو ممن انتقلت اليه حقوق المشترى قبل تسجيل عقد البيع » وعلى ذلك اذا سجل الغير قبل تسجيل المشترى لعقده فلا ينفذ فسخ عقد المشترى على هذا الغير . أما اذا تسجل عقد المشترى أولا وأصبحت حقوق البائع له معلنة ومعروفة لدى الكافة ، وكان الفسخ منصوصاً عنه بعقد البيع المسجل ، فمن المحتم أن يسرى الفسخ على الغير الذى جاء وعلم بهذه الشوائب من التسجيل ، وأقدم على التعامل مع المشترى وهو لا يجهل ما يحيط بعقد المملك له

والمادة ١٠٧ مدنى مختلط والتى لا مثيل لها بالقانون الاهلى ، اذ نصت على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للدائن المرتهن للعقار اذا كان معتقدا صحة الرهن أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من الراهن مدة خمس سنوات اذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن »[1]

والمادة ٧٨ مدنى مختلط التى تنص على ما يأتى : « تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وصيغتها الاحكام المقررة لذلك فى شريعة الملة التابع لها الموصى . — أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الاموال الثابتة وردها لمستحقيها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب[2] أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعا[3]

(١) وفيما يتعلق بشرح هذه المادة انظر كتابنا فى التأمينات ص ١٢١ — ١٢٥ ن ١١٨ — ١٢٠ وعلى الاخص النبذة ١٢٠ الخاصة بتأثر هذه المادة بقانون التسجيل الجديد . اذ لا يجوز التمسك بها ما دام أن عقد الراهن غير مسجل كما أوضحنا ذلك فى مكانه

(٢) légitime réserve (٣) quotité disponible

ونحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه ولا بحقوق الدائنين له برهنها اذ أن التمليك أو الرهن حصل اليهم وهم معتقدون صحة ملكيته وتصرفه »[1] ولا مثيل لهذه المادة بالقانون الأهلى

والمادة ٤٧ مدنى مختلط فيما يتعلق بحق الانتفاع وعدم نفاذ زواله على الدائنين للمرتهنين .

هذه هى النصوص المختلفة التى أراد بها الشارع حماية الغير. ولقد رأينا أن الشارع المختلط متأثر بالنظرية الفرنسية القائلة بزوال الحقوق المقررة للغير اذا زالت حقوق المملكين لهم . أى أن للزوال بوجه عام أثراً رجعياً ، سواء كان الزوال يرجع للابطال أو للفسخ .

§ ٤ — فى نقد نظرية الأثر الرجعى لزوال العقد المملك

١٠٤ — الآن وقد انتهينا من استعراض الآراء المختلطة والنظريات العامة فيما يتعلق بالآثار المترتبة على زوال العقد المملك بالنسبة لجماعات الغير على اختلاف انواعهم ، فانا نرى الآن ضرورة لازمة لنقد هذه الآراء و بيان الصواب منها وما يتفق مع الضرورات العملية فى حدود القانون، وما لم يكن صوابا ولا يلتئم مع هذه الضرورات ، و يطابق من طريق آخر اصول المنطق البحت

ونرى تقسيم هذا البحث الى مبحثين . أولهما يتعلق بالأثر الرجعى للفسخ، وثانيهما يتعلق بالأثر الرجعى فيما يتعلق بالابطال أى الالغاء

المبحث الاول — نقد نظرية الأثر الرجعى للفسخ

١٠٥ — نرى من الضرورى هنا أن نبين وجهة نظرنا فى ضرورة التفرقة بين كلمات ثلاثة نرى من اللازم أولا أن نبين ما نرمى اليه من كل واحدة منها بما

---

(١) da boune foi

يتفق مع الاصول القانونية العامة والخاصة . هذه الكلمات الثلاثة هى الفسخ والالغاء والابطال

الفسخ : نريد به زوال عقد وجد صحيحاً. ولكن نظراً لظروف طارئة فيما بعد زال العقد . مثال ذلك فسخ البيع لعدم قيام المشترى بدفع الثمن

الالغاء : ونريد به ابطال العقد لعيب شابه وقت انعقاده .كالعقد المشوب بشوائب الرضا وهى فقد الاهلية والغش والغلط والاكراه . وجرينا هنا على استعمال كلمة الالغاء حيناً والابطال أحياناً . ولكننا نميل الى استعمال كلمة الالغاء نظراً لما جرينا عليه بكتابنا فى الالتزامات ، النظرية العامة ، الى قصر كلمة الابطال الى دعوى ابطال تصرفات المدين الحاصلة اضراراً بدائنيه

الابطال : وهى تلك الكلمة التى أوقفناها كما ذكرنا على دعوى ابطال تصرفات المدين

١٠٦ — الفسخ والمنطوق القانونى البحث : العقد القابل للفسخ ، كعقد البيع الذى لم يدفع فيه ثمن الصفقة ، عقد معلق على شرط فاسخ . فاذا تحقق الشرط الفاسخ وهو عدم الوفاء بالثمن مثلا ، فسخ العقد ، وكان للفسخ أثر رجعى يتمشى على الماضى . وبزوال العقد المفسوخ تزول جميع الحقوق العينية العقارية البحتة التى تقررت للغير قبل الفسخ. ويرجع ذلك الى أن الفسخ عينى لا شخصى ، أى أنه ينصب على العقار ولا يتوجه الى ذات الشخص وهو المشترى ، والى أن حكم الشرط الفاسخ الصريح أو الضمنى المندمج بالعقود التبادلية واحد

١٠٧ — الفسخ وأحكام التسجيل : نفرض ثلاثة أشخاص : البائع (وهو المالك الاصلى) والمشترى منه ، أى المشترى الاول ، والمشترى من هذا المشترى ، أى المشترى الثانى . فاذا فسخ عقد المشترى الاول بسبب عدم قيام الوفاء بالثمن وجب حتما فسخ عقد المشترى الثانى . هذا فيما اذا لم يحصل تسجيل . ولكن اذا تسجل

عقد المشترى الثانى ولم يتسجل عقد المشترى الاول ، فلا ينفذ الفسخ عليه ، لانه لا يستطيع أن يعرف فيما اذا كان للبائع الاصلى حق امتياز مقرر له بسبب الثمن الا بالتسجيل (المادة ٦٠١ فقرة ٧ / ٧٢٧ مدنى والمادة ٦٣٤ / ٧٤١ مدنى) وما دام أن عقد المشترى الاول لم يتسجل فلا ينفذ حق الامتياز على المشترى الثانى (المادة ٦٢٠ / ٧٤٧ مدنى و ٧ من قانون التسجيل الفرنسى سنة ١٨٥٥)

١٠٨ — وهنا قضت قواعد التسجيل على المنطق القانونى البحت الموروث عن الرومان . لانه بينما يُقضى بفسخ العقد وزواله بين البائع الاصلى والمشترى منه الاول ، فانه لا يترتب على ذلك زوال عقد المشترى الثانى الذى تسجل قبل تسجيل عقد المملك له. نعم وان كان المنطق يتأذى من الجمع بين زوال العقد من جهة المشترى الاول ، وعدم زواله من جهة المشترى الثانى ، اذ يجتمع النقيضان فى حالة واحدة ، فالذى نقول به نحن فى هذه الحالة هو عدم زوال العقد الاول ، استبقاء للعقد الثانى ، وان فسخ الاول قد استحال الى تعويض يشمل الثمن والخسائر التى لحقت بالبائع الاصلى . و بذا نخرج من مأزق المنطق البحت الذى لا بد وأن يلازم البحوث القانونية

١٠٩ — واذا فرض وسجل المشترى الاول عقده ولم يتصرف فى العقار للغير ثم فسخ العقد ، فلا محل لتسجيل الحكم القاضى بالفسخ . لان هذا الحكم ليس ناقلا للملكية بالنسبة للبائع الاصلى ، بل هو مؤيد له. انما يكفى فى هذه الحالة التأشير بحكم الفسخ على هامش تسجيل العقد حتى يعلم الغير بأن المالك الظاهر وهو المشترى المسجل عقده ليس مالكا (المادة ٤٤٠ / ٧٧٣ مدنى والمادة ٤ من قانون التسجيل الفرنسى سنة ١٨٥٥)

١١٠ — وليس الغير محمياً فقط فى حالة طلب الفسخ من البائع الاصلى ، بل يكون محمياً أيضاً فى حالة طلب الفسخ من جانب البائع له . فاذا جاء المشترى الاول وطلب فسخ الصفقة ضد البائع له بسبب عيب جسيم طبقاً للمادة ٣١٤ / ٣٨٨ مدنى و ١٦٤٣ — ١٦٤٤ فرنسى ، بعد أن سبق له أن رهن العقار رهناً رسمياً أو وقع عليه

بوجه عام حقاً عينياً عقارياً كحق ارتفاق أو غيره ، فان حق هذا الغير لا يتأثر بالفسخ (المادة ٣١٤ المذكورة) [١]

١١١ — ومن ذلك كله يتبين أن الشارع نأى بالمنطق البحت جانباً ورأى الاخذ بأحكام التسجيل ، وهى الاحكام التى تتفق مع الاعتبارات العملية ، وتؤيد الضرورات الاجتماعية . فحمى المشترى الثانى من نتائج الفسخ ما دام قد سجل عقده قبل تسجيل عقد البائع الاصلى الذى زال الامتياز المقرر له بعدم تسجيل العقد . أما اذا سجل عقده اصبح هذا التسجيل حجة على الغير . اذ يجب فى هـذه الحالة على الغير أن يعرف من طريق التسجيل بان عقد المملك له مهدد بالزوال فلا يقدم على التعامل معه تعاملا عقارياً والتهديدات قائمة

المبحث الثانى — نقد الأثر الرجعى للالغاء

١١٢ — يحصل الالغاء لنوعين من الاسباب المعينة وهى أولا . نوع يرجع للعيوب التى تشوب الرضا : فقد الاهلية والغش والغلط والاكراه والغبن . وثانياً يرجع للصورية

(١) فى نقد الالغاء بسبب العيوب المفسدة للرضاء

١١٣ — العيوب المفسدة للرضاء هى الغش والغلط والغبن وفقد الاهلية

١١٣ مكرر — **الالغاء بسبب الغبن** : رأينا كيف أن الشارع الفرنسى قرر بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢ الخيار لمن اشترى من المشترى من البائع المغبون، وهو الخيار المقرر لنفس المشترى الاول ، إما الاحتفاظ بالعقار ودفع قيمة الغبن ، واما رد العقار واسترداد الثمن المدفوع . ولما كان الشارع المصرى لم يجز الغبن سبباً فاسخاً للعقود الا فى حالة القاصر باسباب معينة (المادة ٣٣٦ — ٣٣٧/ ٤١٩ — ٤٢٠ مدنى) فلا محل حينئذ

---

(١) فيما يتعلق بحق الفسخ أو حق طلب نقصان الثمن انظر البيع للهلالى بك ص ٤٣٤ — ٤٣٦ ن ٦٤٥

للاخذ بهذه النظرية الفرنسية ، ولا للمادة ١٦٨١ فقرة ٢ المذكورة التى اجازت نظرية الاثر الرجعى ، وهى النظرية التى يتأثر بها الغير عند فسخ عقد المملك له . لان القانون الفرنسى لم يكتف فقط بالمادة المذكورة فى أن يقضى بفسخ عقد المشترى الاول بل رتب على هذا الفسخ فسخ عقد المشترى الثانى . وما قرره من الخيار للمشترى الاول من جواز الاحتفاظ بالعقار ودفع قيمة الغبن ، أو رد العقار واسترداد الثمن المدفوع ، قرره أيضاً بالنسبة للمشترى الثانى . وفى تقرير الاختيار للمشترى الثانى معنى الاثر الرجعى لفسخ عقد المشترى الاول

١١٤ — الالغاء والغلط والغش والاكراه : تساءل الشارحون الفرنسيون عما اذا كان الالغاء هو الآخر عينياً أو شخصياً كما تساءلوا كذلك فى حالة الفسخ . واجابوا على ذلك بانه شخصى . الا أنهم رتبوا له نفس النتائج التى تترتب على اعتباره عينياً . أى حكموا بالاثر الرجعى للالغاء ، الامر الذى يترتب عليه الغاء العقود التى تقررت بها للجماعات الغير حقوق على العقار ، حتى ولو كانت الجماعات الغيرية حسنة النية

قالوا ذلك وهم مدفوعون بدافعين . الدافع الاول ، المنطق البحت . اذ يرون أنه ليس من المنطق ان يزول العقد الاصلى المملك وان تبقى العقود الاخرى المترتبة عليه . والدافع الثانى دافع قانونى . ذلك أنهم يرجعون فى تقرير الغاء عقود الغير ، أى فى نظرية الاثر الرجعى ، الى المادة ١٦٨١ فقرة ٢ التى قررت الخيار للمشترى من المشترى ، إما الاحتفاظ بالعقار ودفع قيمة الغبن ، واما رد العقار واسترداد الثمن المدفوع. ويقولون بأنه ما دام قد تقرر الاثر الرجعى فى حالة الغبن ، والغبن مبطل للعقود طبقاً للمادة ١١١٧ فرنسى ، فانه يجب من طريق القياس وفى جميع أحوال الالغاء المعينة بالقانون ، أن يؤخذ أيضاً بالاثر الرجعى . وعلى ذلك ما دام قد أخذ بالاثر الرجعى فى حالة الغبن ، فانه يجب الاخذ به فى حالة الغش والغلط والاكراه ، حتى ولو كان الغير حسن النية . وأيدوا وجهة نظرهم هذه بالمادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى الخاصة بان المالك

على شرط لا يرهن الا بهذا الشرط . ولعل الشارحين الفرنسيين مدفوعون فى ذلك أيضاً بنظرية الشرط الفاسخ واحكامه المستقاة من المنطق والقانون معاً . وذلك انه ما دام العقد المملك للمشترى الاول مشوباً بعيب من عيوب الرضا ، وانه على ذلك قابل للالغاء فيما اذا طلب صاحب الشأن الالغاء ، ويزول عنه تهديد الالغاء صراحة أو ضمناً بالوسائل القانونية المعروفة ، يعتبر حينئذ هذا العقد المملك للمشترى الاول عقداً معلقاً على شرط فاسخ ، أى يلغى ويزول العقد ويزول معه جميع ما ترتب عليه ، فيما اذا طلب المالك الاصلى الالغاء

١١٥ — ولكن لما كان لهذا الالغاء فى حالة الغش والغلط والاكراه (أى فى غير حالة الغبن التى نص فيها الشارع الفرنسى بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢ على الاثر الرجعى نصاً صريحاً) أثر مهدد للمعاملات بين الافراد وما ينجم عنه من المخاطر المعطلة والمزعجة لطوائف الغير حسنى النية ، رأى بعض الشارحين ، أن يخففوا نوعاً ما من وطأة الاثر الرجعى المأخوذ به بوجه عام فى الغاء العقود . وذلك :

١ — أن قرر بعضهم عدم الاخذ بالاثر الرجعى فى حالة الغش ، وقصر الالغاء على العاقدين الاصليين دون الغير حسن النية ، اذ تعتبر دعوى الالغاء فى ذاتها بمثابة تعويض لطالب الالغاء

٢ — لا محل للأثر الرجعى فى حالة الغلط الجسيم من جانب طالب الالغاء ، أو فى حالة نقص فى بعض اجراءات البيع العلنى (بيع عقار القاصر)

٣ — أجازوا للغير التملك بالتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية

١١٦ — **نقد هذه النظرية** : رأينا كيف تأثر الشارحون الفرنسيون بالمنطق البحت ، وكيف أيدوا منطقهم بالنظرية العامة للشرط الفاسخ ، وكيف دعموا مبدأهم بالمادة ١١١٧ فرنسى ، وكيف عملوا على معالجة المبدأ فى شدته وقسوته ومبلغ خطورته على المعاملات ، وما يتهدد جماعات الغير حسنى النية من مخاطر المفاجآت فى الالغاء وآثاره المزعجة . وانا لا نستطيع تأييدهم فى هذا الرأى ونرى عدم الاخذ به لاسباب

ندلى بها ، وهى ترجع لاعتبارات قانونية مصرية ، ولاعتبارات قانونية عامة

١١٧ — **أولا : الاعتبارات المصرية** : ان القانون الفرنسى جعل الغبن من أسباب بطلان العقود (المادة ١١١٧) وفى عقد بيع العقار فقط اذا زادت قيمة الغبن على ٧/١٢ من الثمن الحقيقى (المادة ١٦٧٤) حتى ولو تنازل صاحب الغبن بالعقد نفسه عن حقه فى طلب الغبن ، وقرر بأنه وهب فرق الثمن الى المشترى (المادة المذكورة) ورتب الشارع الفرنسى على ذلك الغاء العقد المشوب بالغبن . ولكنه قرر الخيار للمشترى : إما فى استيفاء العقار مع دفع فرق الثمن ، أو رد العقار واسترداد ما دفعه (المادة ١٦٨١ الفقرة الاولى) كما أنه قرر هذا الخيار نفسه الى المشترى من المشترى (المادة ١٦٨١ الفقرة الثانيـة) أى قرر الاخذ بالاثر الرجعى . وأمام هذا النص الفرنسى الصريح لا محالة من الاخذ به

واما ولا يوجد بالقانون المصرى نص يحكى المادة ١٦٨١ بفقرتيها فلا يصح الاخذ بها ولا الاعتماد عليها فى تقرير نظرية الاثر الرجعى بمصر. اذ الغبن لا يعتبر بمصر سبباً من أسباب الغاء العقود الا فى حالة معينة تتعلق ببيع عقار القاصر وعلى شرط أن يكون الغبن زائدا عن خمس الثمن الحقيقى . وفى ذلك تقول المادة ٣٣٦/٤١٩ مدنى ما يأتى : « الغبن الفاحش[١] الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق الا للبائع فى طلب تكملة الثمن ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القصر فقط » ومن هذا النص قد يلاحظ أن الشارع المصرى لم يأت بحق الخيار (الفرنسى) المقرر للمشترى وبحق الخيار المقرر للمشترى من المشترى . أما فيما يتعلق بالخيار للمشترى فانه مأخوذ به من مفهوم المادة . ذلك لان الشارع أباح للبائع حق المطالبة بفرق الثمن فقط ، ولم يبح له بادئ ذى بدء وفى الاصل حق طلب الالغاء أولا . والمستفاد من ذلك أنه اذا لم يذعن المشترى الى دفع فرق الثمن ، جاز للبائع وقتئذ طلب الالغاء .

---

(١) lésion

وكل هذا لا يخرج عن أن الخيار للمشترى ، ان شاء دفع فرق الثمن واستبقى العقار ، وان شاء رد العقار واسترد الثمن المدفوع . وعلى ذلك تكون قاعدة الخيار المقررة للمشترى الأول واحدة فى القانونين المصرى والفرنسى وان اختلفت صيغة النصوص

هذا من حيث الخيار المقرر للمشترى . وأما من حيث الخيار المقرر للمشترى من المشترى فان الشارع المصرى سكت عنه ولم يشأ أن ينقل الفقرة الثانية من المادة ١٦٨١ فرنسى الخاصة بهذا الخيار . والذى يستفاد من ذلك أن الشارع المصرى لم يأخذ بنظرية الاثر الرجعى للالغاء بسبب الغبن . ويترتب على ذلك أنه لا يصح الاخذ بالاثر الرجعى فى حالات الالغاء الاخرى ، وهى الخاصة بالغش والغلط والاكراه . لان الشارحين الفرنسيين عولوا فى أخذهم بالاثر الرجعى فى حالات عيوب الرضاء على نص المادة ١٦٨١ فقرة ٢ فرنسى ، وقالوا بانه لا محل للتفرقة بين الالغاء بسبب الغبن ، والالغاء بسبب الغش والغلط والاكراه ، ما دامت العقود المشوبة بهذه العيوب الاربعة هى باطلة بحكم القانون بالمادة ١١١٧ فرنسى

١١٨ — قد يعترض على رأينا هذا بانه ولو أن الشارع المصرى لم يقرر الخيار للمشترى من المشترى ولم يقرر الاثر الرجعى فى حالة الغبن ، الا أن الأثر الرجعى مستفاد من الاحكام العامة الخاصة بنظرية الشرط الفاسخ . وان الملكية المعلقة على شرط فاسخ تزول بتحقق الشرط ويزول معها كل ما يترتب عليها ، لان ما ترتب على المعدوم معدوم . وعلى ذلك يجب الاخذ بالاثر الرجعى فى حالة الغبن المصرى ، وفى الحالات الاخرى الخاصة ببقية عيوب الرضاء ، ما دام أن الملكية قد زالت بتحقق الشرط الفاسخ فى كل ، وهو شرط طلب صاحب الشأن بحق الالغاء . وعلى الاخص فان الشارحين الفرنسيين قرروا قاعدة الاثر الرجعى للفسخ والالغاء بوجه عام ، وأخذوا بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢ المذكورة ، وبالمادة ٢١٢٥ الخاصة بالرهن المعلق على شرط ، أخذوا بهما من طريق التأييد باعتبارهما أدلة تؤيد رأيهم . أى أنهم لم يقصروا الاثر الرجعى على الغبن والرهن ، بل جعلوه عاماً فى حالات الفسخ والالغاء ، واستندوا ،

فى طريق التأييد ، بالمادتين ١٦٨١ و٢١٢٥ المذكورتين . وكأن النصين المذكورين نصان مؤيدان [1] للاثر الرجعى لا منشئآن له . ويترتب على ذلك أن الشارع المصرى فى عدم نقله نص المادتين المذكورتين لم يرم الى مخالفة القواعد العامة المقررة فى الشرط الفاسخ وما يترتب عليه من الاثر الرجعى ، انما قد أراد فقط من عدم النص تفادى التكرار بما لا مصلحة من وراء هذا التكرار

والرد على هذا الاعتراض وارد بالاعتبارات القانونية العامة الآتية :

١١٩ — ثانياً . الاعتبارات القانونية العامة : فى الحقيقة قرر الشارحون الفرنسيون الاثر الرجعى للشرط الفاسخ بوجه عام ، واستشهدوا بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢ والمادة ٢١٢٥ ، من طريق التأييد العام ، لا من طريق الاخذ بالاثر الرجعى فى موضع خاص فى حالة الغبن فقط . وكأن المادة ١٦٨١ مؤيدة لا منشئة كما لاحظنا نحن ذلك. ولكن هذا المذهب القائل بالاثر الرجعى للشرط الفاسخ بوجه عام مذهب غير صحيح وفاسد للاسباب الآتية :

١ — ان الشارحين الفرنسيين الى عهد قريب ، قد تأثروا تأثراً ظاهراً بالمنطق البحت حتى ساروا فى شوطهم الأول من أشواط الشرح والتفسير الى حد تفويق النص ومظاهره المنطقية على الاعتبارات العملية . وقد ساقهم الى هذا النمط فى التفسير المنطقى الصرف ، أولا قرب عهدهم بالتقنين على شكل مواد ورغبتهم فى عدم الخروج عن قواعد المنطق وفى الباس النصوص الموضوعة لباسا يتفق مع تلك القواعد المنطقية . ثانياً . وقوف المدنية بوجه عام عند حد لا يلفت نظر المقننين الى خطورة الجمود على النص اضراراً بالمعاملات . ولكن لما سارت المدنية سيرها السريع وتعددت أنواع المعاملات تفزعت أقلام الشارحين من خطر المنطق من ناحية ، والجمود على النص من ناحية أخرى ، ونادوا بمذهب علمى وعملى فى آن واحد ، وهو أن لا يسار فى وضع

---

(١) déclaratif

مناهج التفسير للقانون إلاّ على قاعدة مراعاة الضرورات الاجتماعية الحاضرة[1] باعتبار أن النصوص وقف على الأفراد ولم يكن الافراد وقفاً على النصوص . وتفرعت عن هذا المذهب أصول قانونية عصرية لا زالت تعانى فى أدوار تكوينها عناداً من خصومها يأبون عليها حق الوجود فى عالم القانون . ويأبى الشارع الا أن يؤيدها من وقت لآخر بقوانين منفردة ومنعزلة . ولم يفت القضاء أيضاً أن يمدها فى القليل النادر من أحكامه بشىء من التأييد القريب والبعيد . ولعل نظرية المخاطر[2] هى أولى هذه النظريات العصرية

لذا أخذ المنطق البحت يتوارى الآن قليلا أمام نمو المدنية الحاضرة وما ترتب عليها من قواعد وأصول جديدة ، ان تنافرت مع المنطق فهى تؤيد الحياة العملية وتعمل عل رواجها ورفع عوائق التعطيل فى طريق سيرها

٢ — أو ليس التسجيل المقرر لاول مرة ببلچيكا سنة ١٨٥١ وبفرنسا سنة ١٨٥٥ وبمصر سنة ١٨٧٥ أولى الامارات الدالة على أن القانون أخذ يسير فى طريق غير ذلك الطريق القديم ، وأنه جعل للاعتبارات العملية مركزاً لا يزعزعه منطق ، ولا تقاليد تاريخية ؟ أليس التسجيل يقضى بأنه مع الحكم بصحة البيع الاول الحاصل من البائع للمشترى الاول وضرورة نفاذه عليهما ، فان البيع الثانى الحاصل من نفس البائع الى المشترى الثانى نافذ أيضاً اذا تسجل هذا البيع الثانى بحسن نية قبل تسجيل الاول ؛ وهكذا فى الحالات الاخرى الخاصة بالتسجيل ؟

٣ — ان الشارحين أنفسهم هجروا المنطق جانباً وانساقوا مؤقتا فى طريق حماية الغير حسن النية فى دعوى ابطال تصرفات المدين. اذ بينما يقررون بطلان عقد المشترى من المدين ، فانهم يقولون بصحة عقد المشترى بحسن نية من المشترى . هذا ، مع أنه لا يوجد بالقانون نص يحمى المشترى من المشترى ، ومع أنهم يأخذون بالاثر

---

(١) interprétation objective   (٢) risque

الرجعى للشرط الفاسخ بوجه عام . انهم لم يروا محلا للاخذ بالاثر الرجعى للشرط الفاسخ فى حالة ابطال عقد المشترى من المدين المعسر ، وابطال عقد المشترى من المشترى ، خوفا على المعاملات وما يتهددهما من اخطار الالغاء . وهنا يتعذر علينا فهم الحكمة من الأخذ بنزعة حماية الغير فى مجال المعاملات فى بعض المواطن دون البعض الآخر مع أن الغير واحد ، وحسن النية واحد .

٤ — ان الاثر الرجعى للشرط الفاسخ منطقى بحت ، وقد تأثر بالاعتبارات العملية التى يحميها الشارع فى كل آن ، وهى الاعتبارات التى ترمى الى حماية الغير . وان صح القول بالاثر الرجعى للشرط الفاسخ فانه يجب أن لا يتعدى غير المتعاقدين وان لا يرمى باثره الى خلافهما . فاذا جاء الغير واشترى العقار من المشترى الاول وهو لا يعلم بما يحيط هذا العقار من ظروف تشوب وجوده ، وطريق العلم الوحيد المقرر فى العصور الحاضرة هو التسجيل ، وجبت حماية هذا الغير

وهنا يجب أن نرجع الى قاعدة التفاضل التى نستعين بها فى حل كل خلاف بين متنازعين على شىء واحد . اذ نتساءل أيهما أحق بالعناية ، هل المالك الاصلى الذى وقع عليه الغش والغلط والاكراه ، أم المشترى بحسن نية من المشترى الاول (المشترى الاول هو من أفسد الرضاء على البائع الاصلى) والمشترى الثانى لا يعلم بما عاب عقد البائع له ؟ ان نحن أبحنا تفضيل المالك الاصلى على الغير وهو المشترى الثانى ، لتعطلت المعاملات بين الافراد وخاف الغير من التعاقد مع شخص وهو لا يعرف ما كمن وراء العقد المملك للبائع له من عيوب مستورة لا يستطيع الوقوف عليها . وهذا التخوف قال به أيضاً انصار الاثر الرجعى للشرط الفاسخ . وهنا تظهر المصلحة العامة المتعلقة بضرورة رواج المعاملات ، فى حالة تنافس مع المصلحة الخاصة المتعلقة بالمالك الاصلى . والذى يجب عمله فى هذه الحالة هو أن يحمى الغير وأن يقصر الضرر على المالك الاصلى للاعتبارات الآتية : أولا . ان المصلحة العامة فى خطر فيجب حمايتها حتما . ثانيا ان المالك الاصلى ، وقد شاب العقدَ الصادر منه احدى

شوائب الرضاء ، يجب عليه أن يتحمل وحده نتائج العيب الذى شاب رضاءه . لانه واقع عليه بالذات . فان كان مُعْنياً بقسط وافر من الحرص لما وقع عليه الغش أو الغلط أو الاكراه . نعم وان صحت هذه الملاحظة فى مطالبته بزيادة الحرص فى حالة الغش والغلط وصح معها القول بأنه يتحمل وحده دون غيره نتائج عدم حرصه هو ، وانه لا تصحُّ هذه الملاحظة فيما اذا وقع عيب الرضاء فى حالة الاكراه ، وهو واقع عليه بلا دخل لنقص الحرص لديه : ان صح ذلك كله فانه يجب أن لا يفوتنا أنه فى حالة الاكراه ، وهى الحالة الوحيدة التى يمكن اعفاؤه فيها من مطالبته بزيادة الحرص ، لا يجوز أيضاً قصر نتائج الاكراه على الغير دون من وقع عليه الاكراه بالذات . لانه ان صح القول وهو يصح حتما ، بأن الانسان مسئول وحده دون غيره عن نتائج خطأه (وخطأه فى عدم زيادة الحرص بأن وقع عليه غش وغلط ، لانه لو عُنى كثير العناية عند التعاقد لما وقع فى غلط ولما دخلت عليه خدعة الخادعين) فانه مسئول أيضاً عما يقع له وحده من حوادث القضاء والقدر ، أى الحوادث الجبرية والحوادث القهرية . فاذا سرق له متاع فلا يتحمل نتائج السرقة خلافه هو لا الغير . واذا جرف منزله سيل جارف تحمل هو نتائج ذلك . ولماذا لا يكون الامر كذلك فيما اذا وقع عليه اكراه وتعاقد تحت سلطان الاكراه ؟ لماذا لا تحصر نتائج الاكراه فيه وحده دون غيره ، والاكراه حادث جبرى حكمه حكم كل حادث جبرى يقع له ؟ لا نستطيع أن نفهم الحكمة من أنه فى حالة الحادث الجبرى الذى يقع على المالك الاصلى قبل تصرفه فى عقاره ، تحصر نتائجه عليه ، وانه فى حالة تصرفه فى العقار الى شخص آخر لا تحصر نتائج الحادث الجبرى فى شخص المالك الاصلى ، بل تتعدى الى الغير الذى اكتسب العقار بحسن نية . حكمة التفرقة معدومة . ولذا يجب الاخذ فى جميع هذه الاحوال بهذه القاعدة العادلة العامة ، وهى قاعدة إن أيدتها العدالة البحتة ، فان القانون يشد أزرها و يوليها من قوته قسطا وفيراً : هى قاعدة أن يتحمل الانسان وحده نتائج ما يقع عليه بفعله أو بفعل القضاء والقدر ، وانه لا يجوز أن يتأثر الغير بما يقع لهذا الانسان فى هذه

الاحوال . وهذه القاعدة ، قاعدة مخاطر الانسان لذاته[١] ان صح هذا التعبير ، قريبة من قاعدة مخاطر الملكية [٢] ، وروح التعليل فيهما واحدة

لانه اذا كان فى نظر انصار المسئولية الشيئية [٣] ان المالك مسئول وحده أمام الغير عن مخاطر ملكه فى دائرة الحوادث الجبرية لاالقهرية ، أى فيما يقع على ملكه من الحوادث التى لا دخل فيها للطبيعة ، كما اذا سقط منزله على السكان أو المارة أو انفجر مرجل آلة بخارية له فأصاب الغير، فانه يجب أن يترتب على نظرية المخاطر فى ذاتها من وجهتها العامة أن يتحمل الانسان نتيجة ما يحصل له بارادته أو بغير ارادته . لان الفعل الذى وقع عليه بغير ارادته ، قد وقع عليه هو بالذات . ومن العدل أن يتحمل وحده هذا الفعل . وما دام أنه يستفيد من أعماله التى يجريها لنفسه خاصة فيجب أن يتحمل نتيجة هذه الاعمال نافعة له أو ضارة

ولا يجوز أن يتحمل فقط نتيجة الاعمال التى يجريها هو بالذات ، بل يجب أيضاً أن يتحمل نتيجة ما يقع له من الحوادث التى لادخل لارادته فيها والتى تحصل بفعل الغير أو بفعل الطبيعة أو بفعل القانون . واذا كان مما لا شك فيه انه يستفيد وحده من هذه الاعمال التى تقع له بلا دخل لارادته فيها ، فمن العدل أيضاً أن يتحمل وحده ما يقع له منها من الاضرار ، ولا يجوز بحال أن يستفيد من هذه الاعمال اذا كانت نافعة أو أنه لا يتحمل اضراراً اذا كانت ضارة . وهذا التعليل فى تقرير نظرية «مخاطر الانسان لذاته » [٤] هو بعينه ذات التعليل الذى قرره أنصار نظرية مخاطر الملكية وماتفرع عنها من نظرية مخاطر العمل[٥] والعلة فى نظرية المخاطر على اختلاف مظاهرها الخارجية انما ترجع الى هذه القاعدة الاصلية العامة وهى قاعدة « الغرم بالغنم »

إنه من المجازفة القول بتحميل الغير وهو المشترى من المشترى نتائج عيوب

---

(١) risque de soi-même
(٢) risque de propriété
(٣) responsabilité objective
(٤) هذا التعبير من عندنا نحن
(٥) risque professionnel

الرضاء ، الامر الذى يترتب عليه الغاء عقده باعتبار أن هذا الالغاء نتيجة منطقية لالغاء عقد المملك له . ومن الغريب أنه لم يرجع فى تقرير الغاء عقد الغير الى اصول قانونية بحتة ، بل رجع فيه الى استقراء منطق صرف لا دخل له فى اصول القانون فى شىء . اذ قالوا ما ترتب على الباطل باطل . وهى قاعدة أقرب للمنطق منها للقانون . ولم يراع فى تقريرها المصلحة العامة والاعتبارات العملية المتعلقة بالمعاملات بين الافراد فيما يتعلق بالعقارات ، وهى العقارات التى تقررت لها قاعدة العلانية من طريق التسجيل وحده ، بما فيه هجر للاصول المنطقية

ونحن ان قلنا بالاثر الرجعى بالنسبة للغير فانا لم نحرم المالك الاصلى المجنى عليه فى عيوب الرضاء ، من حق الرجوع بالتعويض على المشترى الاول . كذلك لم يرد انضار الاثر الرجعى حرمان المشترى الثانى من حق الرجوع بالتعويض أيضاً على المشترى الاول . وحق الرجوع بالتعويض فى المذهبين مأخوذ به . انما محل الخوف هو من اعسار من يرجع اليه بالتعويض وهو المشترى الاول فى الحالتين. وهنا تظهر نظرية التفاضل أيضاً فى مظهر خارجى آخر لها . وهو مَن الاولى بتحمل نتائج اعسار المشترى الاول ؟ هل المالك الاصلى ، أم الغير وهو المشترى من المشترى ؟ والمقياس المعروف فى عملية التفاضل هو الرجوع اما الى الخطأ واما الى نظرية المخاطر فى حوادث القضاء والقدر . والمالك الاصلى مسئول وحده عن نتائج عيوب الرضاء مهما اختلفت ألوانها ، لانه ان قيل بشبهة الخطأ من جانبه فى حالة الغش والغلط ، والمسئولية حتما واقعة عليه ، فانه من طريق آخر فى حالة الاكراه ، وهو فى ذاته حادث جبرى خارج عن ارادته ، مسئول أيضاً عما يقع عليه . اذ ليس من العدالة أن يتحمل الغير نتيجة ما وقع بالقضاء والقدر بشخص آخر (ويلاحظ أن ليس فى ذلك تعارض مع نظرية مخاطر الحرفة [١] التى تقول بتحمل صاحب المصنع بنتائج الاضرار التى تقع

---

(١) risque professionnel

لعماله بفعل الحوادث الجبرية ، لان المسئولية راجعة هنا الى مخاطر الملكية بالذات[1] فيما اذا اتصل المجنى عليه بالمالك بصلة التعاقد فى عقد الاجارة الشخصية)

ومهما قلبنا النظرية على وجوهها المختلفة نجد أن القول بالاثر الرجعى فى حالة الالغاء الذى يرجع الى العيوب المفسدة للرضاء ، قول إن أباه المنطق البحت ، فانه قول مؤيد بالعدالة المجردة عن الاستقراء المنطقى ، وبالقانون من طريق الرجوع الى القاعدة العامة التى اختطها الشارع العصرى الآن فى حماية الغير من طريق واحد وهو طريق التسجيل

٤ — ان التسجيل فى الوقت الحاضر هو الطريق الوحيد فى حماية الغير . وقد قضت أحكام التسجيل ، سواء كان التسجيل بالمعنى الفرنسى أو بمعنى القانون المدنى المصرى أو بمعنى قانون التسجيل الجديد ، أو بمعنى التسجيل الالمانى ، قضت أحكامه على أحكام المنطق . ولا محل مطلقاً فى تأثر الاصول القانونية الحاضرة بهذا المنطق البحت . وعلى ذلك فلا تنتقل الملكية بالنسبة للغير الا بالتسجيل . ومن غير التسجيل لا تنتقل بالنسبة له ولو كانت منتقلة الى المشترى الاول الذى لم يسجل ، فى عهد القانون المدنى . واذا تسجل العقد أصبح بمشتملاته حجة على الغير . فاذا اشتمل على عدم دفع الثمن . أصبح امتياز البائع حجة على الغير . أما اذا لم يشتمل على ذلك فلا يكون الامتياز نافذاً حتى ولو كتبت كمبيالات بباقى الثمن على المشترى . وعلى ذلك اذا كان قد تقرر للبائع فى هذه الحالة جواز طلب فسخ عقد البيع ، وأن لهذا الفسخ أثراً رجعياً يرجع الى تاريخ العقد ، فانه لا يجوز أن يتعدى هذا الاثر الرجعى دائرة البائع والمشترى منه . فاذا فرض وتقرر حق عينى عقارى للغير على هـذا العقار ، نفذ حق الغير على البائع الاصلى ، ولا ينفذ امتياز هذا الاخير على الغير (أنظر المادة ٦٢٠/٧٤٧ مدنى) . كل ذلك لان عقد البيع الاول المسجل خلو من ذكر بقاء الثمن بذمة المشترى الاول .

---

(١) riesque de propriété

وان الطريق الوحيد القانونى فى اخبار الغير فيما يتعلق بالعقار انما هو طريق التسجيل ليس غير

وهنـا لا نفهم معنى لهذه التفرقة فيما يتعلق بالاثر الرجعى بين عقد البيع المسجل والخالى عن ذكر بقاء الثمن بذمة المشترى ، وعقـد البيع المسجل المشوب بعيب من عيوب الرضاء . اذ العقدان مشوبان بالتهديد بالزوال . الاول مهدد بالزوال بالفسخ لسبب عدم دفع الثمن . والثانى مهدد كذلك بالزوال بالالغاء بسبب عيب فى الرضاء . والزوال بالفسخ أو الالغاء يرجع الى سبب معين . وعدم ذكر السبب فى حالة الفسخ لا يترتب عليه الاخذ بالاثر الرجعى . وهذه التفرقه بين عقدين مهددين بسبب واحد من حيث أثر الزوال فيهما ، تفرقة لا يبررها لا القانون ولا العدالة . فمن حيث القانون فان التسجيل هو الاداة الوحيدة فى افهام الغير بما شاب العقد. وما دام أن العقد المشوب بعيب من عيوب الرضاء مسجل ولا ينم التسجيل طبعاً عن هذا العيب ، فلا يجوز مطلقاً مؤاخذة الغير بسبب الالغاء ، ذلك السبب الذى يجهله قانوناً . واذا أضفنا الى ذلك الاعتبارات العملية المستفادة من طبيعة المعاملات بين الافراد وهى الاعتبارات التى يعمل القانون على حمايتها فى كل آن وكلما دعت الضرورة اليها . ترجح لدينا عدم الاخذ بالاثر الرجعى . هذا من حيث القانون . وأما من حيث العدالة فانه لا يجوز كما قلنا أن يتحمل الغير نتيجة ما وقع بالمالك الاصلى

٥ — ان الشارحين أنفسهم لم يجمعوا على ضرورة الاخذ بالاثر الرجعى فى جميع حالات عيوب الرضاء ، بل خرج البعض منهم على الجماعة ، وقرر عدم الاخذ بالاثر الرجعى فى بعض هذه الحالات كما رأينا . وقرروا فوق ذلك حماية الغير فى بعض الاحوال كما مر بنـا القول . وكل هذا يؤيد وجهة نظرنا فى أن نظرية الاثر الرجعى ، ان هى الا نظرية يغذيها المنطق وحده . وكلما وجدت المصلحة الغيرية فى خطر . وكانت الخطر بها صارخاً ، عالج الخارجون على المنطق هذا الخطر من طريق الاحتيال على تفسير

النصوص القانونيـة تفسيراً يؤيد المصلحة العامة ويرفع عنها ما يهددها من أنواع المخاطر المختلفة

٦ — ان عناية الشارع تنصرف كما قلنا الى وضع الخطط القانونية التى يرمى بها الى حماية الغير . ووضع من أجل ذلك نظرية التسجيل . وقد قام رجال الفقه والقضاء من جانبهم أيضاً على حماية الغير فيما لم ينص عليه نصاً صريحا وفيما لم يأت له نص يؤيده . ولعل أقرب الامثلة فى ذلك مثل الوارث الظاهر (١) اذ أجمع الفقه والقضـاء على حماية الغير الذى تعامل مع الوارث الظاهر . أى حمـاية الذى تقرر له حق عينى عقارى قبل شخص غير مالك وهو الوارث الظاهر . فاذا أخذنا بالمنطق البحت لوجب الغاء عقد الغير (الغير الذى لم يمض عليه خمس سنوات مع السبب الصحيح) ما دام أن المملك له غير مالك . ولكن الرأى الاجماعى على خلاف ذلك . وهو يرمى الى حماية الغير الذى اعتقد أن المملك له هو الوارث حقيقة بناء على ما رآه من مظاهر الملكية الخارجية. ولقد علل الشارحون هذا الرأى القائل بصحة تصرف الوارث الظاهر الى الغير بأن الوارث الحقيقى قد ارتكب خطأ فى عدم ظهوره فى الوقت المناسب للمطالبة بحقه فى الارث . ومن ارتكب خطأ وجب عليه تصحيح ما وقع بسبب خطأه . ولا يرجو الغير تصحيحاً أكثر من عدم المساس بحقه العينى العقارى الذى تقرر له على العقار المبيع من الوارث الظاهر . وما على الوارث الحقيقى الا ان يرجع على هذا الاخير بالتعويض ، وعليه وحده تحمل اعساره .

نعم وان كنا نؤيد هذا التعليل القـانونى الذى يرجع الى نظرية الخطأ ، ولكنا نلاحظ أنه لا يمكن الاستعانة بهذا التعليل فى حالة ما اذا لم يكن هناك خطأ ما من جانب الوارث الحقيقى ، كأن منعه عن المطالبـة بحقه فى الارث حادث خارج عن ارادته . والذى نراه فى هذه الحالة ضرورة الاستعانة بنظرية المخاطر ، فى أن يتحمل الانسان

---

(١) héritier apparent

وحده نتائج الاعمـال التى تقع له بلا دخل لارادته ، وتكون ضارة به ، ما دام أنه ينتفع وحده بنفس هذه الاعمال اذا كانت نافعة له .

وسواء رجعنا فى المسوغ العلمى لاعمـال الوارث الظاهر الى نظرية الخطأ أو الى نظرية المخاطر التى نقول بها نحن ، فان الاجماع قائل بضرورة الاخذ بها . والعلة العملية وهى غير العلة القانونية ، هى حمايه الغير حسن النية الذى ما كان ليستطيع الوقوف على حقيقة الحال ومعرفة الوارث الحقيقى بجانب الوارث الظاهر .

ومما ندهش له أنه بينما الاجماع حاصل فى صحة نظرية الوارث الظاهر ، ذات المسوغ العملى لها وهو حماية المعاملات ورفع ما يمكن أن يشوبها من الاضطراب والقلق فيما اذا أخذ بالمنطق البحت وتقرر الغاء حق الغير ما دام أن المملك له ليس هو الوارث الحقيقى ، فان أنصار الاثر الرجعى للالغـاء لم يرغبوا فى الاخذ بمبدأ الأثر اللارجعى فى حالة الالغاء قياساً على نظرية الوارث الظاهر ، مع أن العلة العملية واحدة . والعلة القانونية فى نظرنا واحدة ، اذا أضفنا الى مسوغ الخطأ مسوغ المخاطر . وندهش على الاكثر اذا لاحظنا أن الشارحين كما ذكرنا عنوا بحماية الغير ، وحماية المعاملات بوجه عام ، فيما يتعلق بدعوى ابطال تصرفات المدين ، ولم يعنوا بحماية الغير فى حالة الالغاء ، مع أن المسوغ العملى لهذه المظاهر الخارجية للمعاملات واحدة

٧ — ان عناية الشارع فى سبيل حماية الغير فى مجال المعاملات ظهرت من زمن بعيد فيما يتعلق بالمنقولات . وتقررت قاعدة « حيازة المنقول سند تمليكه » حتى لا يضار الناس فى تعاملهم مع بعضهم البعض فى المنقولات . والعلة العملية فى تقرير هذه القاعدة هى ضمان المعاملات مما يشوبها من الاضطراب والقلق فيما اذا قضى بالمنطق البحت بالغـاء عقد الغير ما دام عقد المملك له باطل . نعم وان كان لقاعدة « حيازة المنقول سند تمليكه » نص بالقانون يحميها (المواد ٦٠٧/٧٣٣ و٦٠٨/٧٣٤ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى) انما كان يجب أن يراعى أنه من مهمة الفقه والقضاء الاستعانة بروح التشريع وضرورات الحياة العملية فى تقرير الاصول القانونية الضامنة للافراد . ولهما فى مبدأ

التسجيل فى المسائل العقارية أكبر سند يرجعون اليه فى تقرير الاصول القانونية كما ذكرنا بما يضمن للغير حقوقهم ، بصرف النظر عن المنطق البحت ومضاره العملية

٨ — انه مما يتفق مع الروح العصرية للتشريع الحاضر المشبع بالاعتبارات العملية ، والتسجيل أثر تشريعى من آثارها الظاهرة ، أن يرجع فى تقرير حقوق الغير الى العلانية . فما تسجل يصبح حجة على الغير. ولا دخل حينئذ للمنطق البحت فى هذه الحالة . وعلى ذلك يجب حصر الأثر الرجعى فى دائرة لا تتعدى العاقدين ، ولا يصل مداها الى الغير . وهذه القاعدة مأخوذ بها فى أحكام التسجيل . ومن مظاهرها المادة ٦٢٠/٧٤٧ مدنى والمادة ٦١٥/٧٤٢ مدنى . وانا نرتب على هذه القاعدة ، قاعدة الاثر الرجعى على الغير ، ان المادة ١٦٨١ فقرة ٢ مدنى فرنسى ، انما هى مادة استثنائيـة وردت فى حالة معينة وهى حالة الغير . بمعنى أن المشترى من المشترى بفرنسا يجب عليه ، من غير طريق التسجيل ، وهذا الوجوب من جانب الشـارع ، أن يبحث بحثاً دقيقاً فى قيمة العقار الذى يشتريه وفى الثمن الذى دفعه البائع له للمالك الاصلى . وأنه لا يجوز مطلقاً التزام الغير فى جميع الحالات الاخرى الخاصة بغير البيع والخاصة بالعيوب الاخرى التى تعيب الرضاء ، بأن يبحث عنها من غير طريق التسجيل . ونرى حينئذ أن نظرية الاثر الرجعى هى نظرية التسجيل ، ويستثنى منها حالة الغير المنصوص عنها صراحة بالقانون الفرنسى بالمادة ١٦٨١ فقرة ٢

وأما بشأن قانوننا المصرى ، وحيث لا أثر به للمادة الفرنسية المذكورة ، فانه يجب ، الأخذ بقاعدة الأثر الرجعى باعتبارها القاعدة العامة المقررة بالتسجيل ، وأنه لا استثناء لهذه القاعدة فى أى حالة من حالات العيوب المفسدة للرضاء

و بناء على ذلك نرى أن المواد المختلطة ١٧٦ و١٩٧ وغيرهما من المواد الاخرى ما عدا المواد ٧٨و ١٠٧ لم تخرج عن كونها مؤيدة لنظرية الاثر الرجعى فى حالة الالغاء والفسخ . وأنه يجب الاخذ بهذه المواد بالقانون الاهلى برغم عدم وجود أمثال لبعضها . الاخذ بها بالقانون الاهلى يرجع الى القواعد العامة التى أدلينا بها ، وهى تلك القواعد

التى تقضى بالأثر الرجعى فى الغاء الفسخ .

ولقد لاحظنا أن الشارع المختلط أتى بتلك النصوص المؤيدة للاثر اللارجعى فى الالغاء والفسخ وحماية الغير ، وهو متأثر بنظرية الاثر الرجعى التى أخذ بها أغلب الشارحين فى عصره ، وهم يعملون فى جو منطقى بحت تغلب فيه روح الاستنباط المنطقى على الاعتبارات العملية . لذا سارع هو الى وضع هذه النصوص قطعاً لخط الرجعة على المنطق وهجماته فى المسائل القانونية . ولعله اصاب فى ذلك كل الاصابة

ولكن إن أصاب الشارع المختلط فى النص على الاثر الرجعى فى الالغاء والفسخ فان الشارع الاهلى لم يصب فى سكوته دون النص عليه هو الآخر . ومما تتأذى به العدالة فى مصر أن يكون هناك تشريعان يرمى أحدهما الى حماية المعاملات مما يهددها من مخاطر الاضطراب والقلق ، ويقف الآخر حجر عثرة فى طريق هذه الحماية ، مع أن الشعب واحد والمعاملات قائمة بين العناصر المختلفة المكونة لسكان مصر. لذا نرى ضرورة التوحيد فى الاصول القانونية . ولا نرى مسوغا فى ذلك سوى الرجوع الى القواعد العامة التى أدلينا بها هنا فى الاثر اللارجعى للالغاء والفسخ ، دون الحاجة الى الاستعانة بنصوص ما . ولا نرى فى النصوص المختلطة المتقدمة والتى لا مثيل لها بالقانون الاهلى ما يعتبر شذوذاً عن القواعد العامة ، أى أننا لا نرى فيها معنى الانشاء[١] انما ننظر اليها باعتبارها مؤيدة للقواعد العامة [٢] وحجتنا فى ذلك ما سبق أن قررناه بشأن المسوغات العملية والعلمية لقاعدة الاثر اللارجعى فى زوال العقد بالالغاء أو الفسخ بما لا محل للعودة اليه هنا

١٢٠ — الالغاء بسبب فقد الأهلية : الاهلية شرط لازم لصلاحة العقد (المادة ١٢٨ /١٨٨ مدنى) وهى إما مطلقة أو تبعية (المادة١٢٩ /١٨٩ مدنى) ويرجع فيها الى حالة مفقود الاهلية (المادة ١٣٠ /١٩٠ مدنى) وهى مفسدة للعقد

---

(١) attributifs (٢) déclaratifs

حتى ولو لم يثبت هناك حصول غبن لمفقود الاهلية (المادة ١٣١/١٩١ مدنى)

١٢١ — أثر فقد الاهلية بالنسبة للمتعاقدين : تعود الحالة بينهما الى ما كانت عليه وقت التعاقد . ويجب على المتعاقد البالغ أن يرد العقار لمفقود الاهلية . ويجب على هذا الاخير أن يرد الى الطرف الآخر ما استفاده بالفعل وظهر له أثر بماله (أى بمال مفقود الاهلية) . ولا شك أن الاثر الرجعى للالغاء مأخوذ به بين العاقدين ولا محالة

١٢٢ — أثر فقد الاهلية بالنسبة للغير : أو بمعنى آخر أثر الالغاء بالنسبة للغير . سبق أن رأينا أن للالغاء بسبب فقد الاهلية أثراً رجعياً على الغير ونعلم من طريق آخر أن المشترى من مفقود الاهلية لا يتملك بالتقادم الخمسى أو التقادم الطويل ، لان التقادم بنوعيه موقوف حتى يزول سبب فقد الاهلية (المواد ٨٤/١١٣ مدنى و ٨٥/١١٤ مدنى)[1] واذا كان التقادم موقوفاً بالنسبة للمشترى من مفقود الاهلية فهل يعتبر كذلك بالنسبة للغير ، كالمشترى بحسن نية من مفقود الاهلية ؟ أو بعبارة أخرى هل لالغاء عقد المشترى الاول أثر رجعى فيلغى عقد المشترى من المشترى ، أم ليس له أثر رجعى ؟ الذى نقول به أن لهذا النوع من الالغاء أثراً رجعياً تتأثر به حقوق الغير ، وهم من تملكوا حقوقاً عينية عقارية على عقار مفقود الاهلية . ولا نرجع فى تعليل الاثر الرجعى الى القاعدة المنطقية القائلة بأن ما ترتب على الزائل زال . انما نرجع فى ذلك أيضاً الى الاعتبارات العملية . ذلك لانا وان قلنا بالاثر اللارجعى فى حالة الغش والغلط والاكراه لتعذر معرفة الغير للعيوب المفسدة للعقد من طريق التسجيل وهو طريق الاشهار والعلانية ، فان الامر فى التعرف على سبب فقد الاهلية لدى المالك الاصلى يمكن الوقوف عليه من السجلات العامة . اذ يستطيع الغير الكشف بهذه السجلات لمعرفة أسباب فقد الأهلية ان كان يرجع للقصر ، أو لامتداد الوصاية ، أو يرجع للعته والسفه . لان قرارات الوصاية

---

(١) الالتزامات لنا ص ٤٨٧ ن ٤٩٣ وما بعدها

والقوامة قد أصبحت بمقتضى قانون ١٣ أكتوبر سنة ٩٢٥ معلنـة على الكافة من طريق رصدها بسجلات خاصة (المادة ٤٣ من القانون المذكور الخاص بترتيب المجالس الحسبية) وأما من حيث معرفة السن لمن كان قاصراً فالامر فيه يرجع أيضاً لدفاتر المواليد وهى دفاتر عامة

١٢٣ — ومما مر يتبين أننا فى تقريرنا لنظرية الاثر الرجعى فى بعض الاحوال دون البعض الآخر لم نرجع الى المنطق البحت . لاننا ان رجعنا اليه كان من المحتم أن نأخذ بالاثر الرجعى فى جميـع الاحوال أخذاً بهذه القاعدة العامة الخطرة بأن ما ترتب على الزائل زائل. انما رجعنا الى الاعتبارات العملية والى الاصول القانونية . ولم نقف عند الاعتبارات العملية دون الاصول القانونية . لاننا لو فعلنا ذلك لـكان عملنا بعيداً عن الصبغة القانونية . أما من حيث القانون فاننا أخذنا بالاصول المترتبة على التسجيل فى حماية الغير، وهى الاصول التى قضت على المنطق البحت . وقد أيدنا هذه الاصول بالاعتبارات العملية ، وهى الاعتبارات التى كانت السبب الوحيد فى العصر الحاضر فى تقرير نظرية التسجيل . ولقد لاحظنا أن التسجيل إنما شرع ايذانا للغير بمـا يحف تعاقده من الخطر . وشرع التسجيل لأجل أن يكون اداة يستعين بهـا الغير فى معرفة ما يشوب العقار من العيوب . والذى نراه بنـاء على ذلك وقياساً على التسجيل ، انه كلما كان فى استطاعة الغير معرفته من طريق الاطلاع على سجلات عامة معدة للافراد ، أصبح الزوال حجة عليـه . وعلى العكس من ذلك كلما كانت معرفته لظروف العقد المهدد بالزوال مستحيلة من طريق العلم بواسطة السجلات العامة ، وجب أن لا يكون للزوال أثر رجعى عليه . ولقد رأينا كيف أننا قلنا بالاثر الرجعى لزوال العقد بالنسبة للغير، اذا كان العقد المملك لمن يتعاقد مع الغير مشوباً بعيب فقد الاهلية . اذ فى هذه الحالة ليس من المستحيل على الغير معرفة أنواع فقد الاهلية من الاطلاع على سجلات المجالس الحسبية أو دفاتر المواليد . أما اذا كان عيب العقد المهدد بالزوال يرجع للغش أو الغلط أو الاكراه ، فلا يكون لزوال العقـد أثر ما قبل

الغير . لانه من المستحيل عليه معرفة هذا العيب من طريق الاطلاع على سجلات عامة معدة لذلك . واذا كان المبدأ الذى نقول به انما يرجع لنظرية العلم بواسطة الاطلاع على السجلات العامة، وهى النظرية المستفادة من روح تشريع نظرية التسجيل، وانه بذلك لا يؤخذ بالاثر الرجعى لزوال العقد على الغير ، فانا قلنا من طريق آخر أيضاً بأن المالك الاصلى ، وهو من تعاقد مع المملك للغير، انما يتحمل وحده نتيجة عيوب الرضاء ، خلاف عيب الاهلية كما ذكرنا ، أخذاً بنظرية المخاطر . وعلى ذلك نرى أن الرأى الذى نقول به مؤيد بالقانون من جهتيه : من جهة الغير بالرجوع الى نظرية العلم من طريق السجلات العامة . وهى نظرية قانونية . ومن جهة المالك الاصلى بالرجوع الى نظرية المخاطر وهى نظرية قانونية أيضاً . وأما حل هذا الاشكال بالمنطق البحت وان ما ترتب على الزائل زائل ، فلا يعتبر حلاً قانونيا بالمعنى العلمى العصرى ، ذلك العلم الذى تقررت أصوله بالرجوع الى الاعتبارات العملية

(٢) فى نقد الالغاء بسبب الصورية

١٢٤ — رأينا كيف أن القضاء والفقه بفرنسا والقضاء بمصر قد انقسمت فى تقرير نتائج الصورية بالنسبة للغير . اذ يقول رأى بالاثر الرجعى وهو متأثر فى ذلك بالمنطق البحت . ويقول رأى آخر بالاثر اللارجعى ، وهو يرى فى مذهبه ما يتفق مع الضرورات العملية . وانا نقر الرأى الثانى . ونرى أن للاعتبارات العملية مسوغا لتقرير مذهب الاثر اللارجعى. وحجتنا فى ذلك ترجع أيضاً الى ما كاد يجمع عليه أهل الرأى فقهاً وقضاءً بشأن نتائج العقد المطعون فيه بالطعن الخاص بابطال تصرفات المدين اضراراً بالدائنين . اذ قرر هذا الرأى عدم تأثر حق الغير بدعوى ابطال تصرفات المدين . ومن غريب الامور فى ذلك أن الرومان قرروا الأخذ بالاثر اللارجعى فى حالة دعوى ابطال تصرفات المدين [1] ويرى أعلام الفقه فى العصر الحاضر عدم

---

(١) الالتزامات لنا ص ٣٤٧ ن ٣٥٣

الاخذ بالأثر الرجعى فى دعوى ابطال تصرفات المدين ، وعدم الدخول فى المناقشات الدقيقة والمساجلات النظرية البحتة فيما اذا كانت هذه الدعوى دعوى عينية تتمتع بالأثر الرجعى ، أو دعوى شخصية لا يسرى عليها الأثر الرجعى . ويرون فى هذه الدعوى أنها وليدة تطورات قانونية متأثرة بالاعتبارات العملية . ولم تخرج عن كونها دعوى الغرض منها حماية الدائنين مع ضرورة حماية الغير حسن النية ، أى أنها دعوى ترمى الى التوفيق بين مصالح متعارضة [١]

ومن غريب ما نلاحظه فى هـذا الشأن انه بينما يكاد يكون اجماعاً بين اعلام القانون القول بالأثر اللارجعى بالنسبة للغير فى دعوى ابطال تصرفات المدين ، فانا نراهم منقسمين فى تقرير هذا الأثر اللارجعى فى حالة دعوى الصورية . اذ لا نزال نرى القضاء الفرنسى فى أحكامه الحديثة آخذاً بالأثر الرجعى بالنسبة للغير فى دعوى الصورية [٢] ويؤيدهما الفقه الفرنسى الحديث [٣] وقد كنا نحن قد تأثرنا أيضاً بهذا الرأى فأخذنا به قبل الآن [٤]

١٢٥ — والذى نراه أن الرأى القائل بالأثر اللارجعى هو الاصح وحجتنا فى ذلك ما يأتى :

١) رأينا فى دعوى ابطال تصرفات المدين كيف تغلبت الاعتبارات العملية على الاستقراء المنطقى البحت . وكيف قرر أعلام القانون بانه يجب حماية الغير حسن النية من مفاجآت زوال العقد المطعون فيـه بالابطال . لانه من المستحيل على الغير أن يعلم بسوء نية المملك له ، وهو المشترى من المدين ، من طريق التسجيل ، وهو الطريق الوحيد المرسوم له فى استيفاء ما يراه لازماً لصحة عقده . والا اذا قيل بالأثر الرجعى

---

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٥٩ . — الالتزامات لنا النبذة السابقة مباشرة

(٢) د ، ٩٠٥ ، ٢ ، ١٢٧ وكذلك القضاء المصرى م ر ا سنة ٩١٤ ، ١٥ ص ١٤٠ رقم ٧٢

(٣) كولين وكابتان ج ٢ ص ٦٤ الطبعة الثانية سنة ٩٢٠

(٤) الالتزامات ص ٣٥٧ ن ٣٦٥

لانهارت معاملات كثيرة وتولى الاضطراب المعاملات بين الناس ، لانهم لا يطمئنون اذ ذاك الى استقرار حقوقهم ما دامت مهددة بالزوال الرجعي فيما اذا زال عقد المملك لهم

٢) هذه الاعتبارات العملية التى عُوِّل عليها فى تقرير الاثر اللارجعى فى دعوى ابطال تصرفات المدين ، هى هى بعينها نفس الاعتبارات العملية التى يجب التعويل عليها فى تقرير الاثر اللارجعى فى دعوى الصورية

قد يحتج علينا بأن الصورية تفيد بأن العقد الصورى ليس له وجود قانونى ما ، ولم يخلق فى عالم الوجود القانونى حتى يترتب له أثر بالنسبة للغير . فكيف ولا وجود له مطلقاً يقال بوجوده من حيث ترتيب أثر صحيح له قبل الغير ؟

نقول لا محل لهذا الاعتراض المنطقى البحت . ولا محل للاستعانة بهذا المنطق الجاف لأنه مفسد للقانون ومعطل للمعاملات بين النـاس . ذلك لأنه وان قيل من جهة المنطق البحت (والقانون أيضاً) بأن العقد الصورى لم يوجد مطلقا ، فانه يجب أن يقال بأن عدم الوجود المطلق هـذا انما هو محصور ومحصور فقط بين المتعاقدين ولا يتعداهما . ولـكن العقد (الصورى حقيقة) انما هو موجود قانوناً بالنسبة للغير . لانه لما جاء الغير وتعاقد مع المالك الصورى لم ير أمامه سوى هذا العقد « الصورى » الذى لا يعلم منه أثراً للصورية . بل يرى فيه عقداً مملكا لم تشبه شائبة قانونية ترجع للشوائب التى يمكن التعرف عليها من طريق الاطلاع على السجلات العامة ، سواء كانت سجلات التسجيل أو سجلات المجالس الحسبية أو سجلات المواليد . وأما الشوائب الأخرى المستورة فى عالم الخفاء والتى لا ينم عليها مظهر خارجي لها مثل السجلات العامة فهى لا تكون حجة على الغير . فالغش والغلط والاكراه لا يكون حجة على الغير حسن النية . وكذلك الصورية ليست حجة على الغير . وفى الواقع فانه لا فرق بين العقد الباطل بسبب عيوب الرضاء ، والعقد الصورى ، لان الالغاء فى الاثنين واحد يرجع الى وقت انعقاد العقد . ومحل ذلك كله بالنسبة للمتعاقدين . ولكن بالنسبة للغير يعتبر العقد موجوداً ولا محالة لانه الاداة الوحيـدة الدالة للغير على تملك المملك له .

فاذا قيل فيما بعد بزوال العقد الذى يتملك به المملك للغير ، لترتب على ذلك تدهور المعاملات ، اذ لا يطمئن الناس الى استقرار حقوقهم بالتعاقد

وعلى ذلك نرى أنه كلما كان للغير وسيلة فى التعرف على شوائب العقد من طريق الاطلاع على السجلات العامة ، كدفاتر التسجيل أو دفاتر قيد قرارات المجالس الحسبية أو دفاتر المواليد ، وجب الأخذ بالاثر الرجعى . وكلما استحال ذلك وجب الاخذ بالأثر اللارجعى

و بناء على هذه القاعدة نرى أنه اذا تسجلت ورقة الضد المثبتة للصورية أصبحت حجة على الغير . نعم ولو أنه قد اختلف الفقه بفرنسا بشأن نفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير ، ورأى القضاء الفرنسى والمصرى وجوب نفاذها عليه ، وكنا قد خالفنا القضاءين الفرنسى والمصرى، وأيدنا فريق الفقهاء الفرنسيين الذين قالوا بعدم نفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير (انظر هنا ص ١٢٣) ، الا أن الذى تقول به الآن طبقاً لما قررناه هنا من القواعد العامة وطبقاً لما قرره قانون التسجيل الجديد من التوسع فى تقرير التسجيل لاوراق أخرى خلاف الاوراق المتعلقة بتقرير الحقوق العينية العقارية، ونقلها وانقضائها وتعديلها : الذى تقول به الآن هو الأخذ بنفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير واعتبارها حجة عليه . لاننا قد أعرنا للتسجيل الحاضر، كما أعاره الشارع المصرى من قبلنا بقانون التسجيل الجديد ، أهمية ظاهرة واسعة المدى واعتبرناه السبيل الوحيد ، ومن طريق القياس البديهى جميع السجلات العامة ، فى تعرف الغير على ما شاب عقود المملكين لهم . هذا ولم تحترق أقلام الناقدين لرأى القضاء الفرنسى القائل بسريان ورقة الضد المسجلة على الغير، الا لسبب واحد يرجع الى أن التسجيل انما هو وقف على الاوراق الخاصة بنقل أو انقضاء أو تعديل حق عينى وعقارى . وأن تسجيل عقد الايجار التى تزيد مدته عن تسع سنوات وتسجيل المخالصة عن الايجار المدفوع مقدماً والذى تزيد مدته عن ثلاث سنوات ، انما ورد على سبيل الاستثناء . وانا نرى أن وجهة النظر فى مصر قد تغيرت الآن وجعلت لنا مساغاً فى العدول عن رأينا الذى أخذنا به قبل الآن فى

عدم نفاذ ورقة الضد المسجلة على الغير . ذلك ولو أن التسجيل الجديد انما هو خاص بمقتضى المادة الاولى والثانية من قانون التسجيل بالاوراق المتعلقة بالملكية والحقوق العينية العقارية من حيث انشائها وانقضائها وتعديلها أو تأييدها ، الا أن الشارع المصرى وسع من مجال التسجيل فى هذا القانون وفى غيره . اذ أباح تسجيل عريضة الدعوى اذا طلب الغاء عقد . والعريضة كما نعلم ليست ناقلة أو معدلة أو مؤيدة لحق عينى عقارى. وأجاز الشارع المصرى من طريق آخر تسجيل عقد الايجار الخاص بالعقار المرهون رهناً حيازياً ، حتى يكون الايجار حجة على الغير عند بقاء العقار تحت يد المدين المستأجر للعقار (قانون ١١ ديسمبر ٩٢٣ رقم ٤٩ اهلى و ٥٠ مختلط) . وقد لوحظ فى قانون التسجيل الجديد وفى قانون ١١ ديسمبر المذكور اخبار الغير بواسطة التسجيل . أى أن التسجيل أصبح فى ذاته وسيلة معينة فى اخبار الغير بكل ما يحيط العقار من الشوائب العقارية المختلفة . والشارع يجرى الآن على اعتبار التسجيل أداة ضرورية يستعين بها الغير فى سبيل الوقوف والاطمئنان على حقوقهم

وان قيل بأن ورقة الضد لا تعتبر فى ذاتها ناقلةً للملكية التى لم يسبق نقلها ، حتى يصح القول بأن تسجيلها حجة على الغير ، فانه يجب أن يلاحظ فى ذلك بأن عدم نقل الملكية انما هو خاص بالعاقدين فقط . ولكن الملكية قد انتقلت بالنسبة للغير بمقتضى العقد الصورى حقيقة والصحيح قانوناً . وبما أن الملكية قد انتقلت بالنسبة للغير بهذا العقد « الصورى » فانه يجب أن ترد بالنسبة للغير للمالك الاصلى بواسطة اشهار ورقة الضد واعلانها للغير . ولا سبيل فى ذلك الا بواسطة التسجيل . أعنى أن عدم نقل الملكية كان خاصاً بالمتعاقدين فقط . وأما بالنسبة للغير فالملكية قد انتقلت . وان كان يترتب على ذلك أن تسجيل ورقة الضد لا يفيد المتعاقدين شيئاً ما ، لان الملكية لم تنتقل بالنسبة لهما كما قلنا ، الا أن تسجيلها ضرورى بالنسبة للغير ، وهو الغير الذى تعتبر الملكية قد انتقلت بالنسبة له

٢ — أثر العقد الباطل وقانون التسجيل

١٢٦ — انتهينا من بيان الآثار القانونية التى تترتب على العقد الباطل فى عهد القانون المدنى ، سواء كان ذلك بشأن العاقدين بالذات أو بشأن الغير . والآن نرى التكلم على هذه الآثار فى عهد قانون التسجيل الجديد بالنسبة للعاقدين و بالنسبة للغير أيضاً

١ — أثر العقد الباطل وقانون التسجيل

بالنسبة للمتعاقدين

١٢٧ — يسرى هنا ما قررناه بشأن آثار العقد الباطل فى عهد القانون المدنى ، سواء كان البطلان بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً . ولكن هل تختلف الحال فيما اذا كان العقد الباطل غير مسجل ؟ الذى نقول به أخذاً بما قررناه بشأن نظرية الالتزامات الشخصية المترتبة على عدم التسجيل ، وما قلنا به من ان المشترى يصبح صاحب حق الملكية الحيازية التى تحكى الملكية الحيازية الرومانية ، أن الطاعن بالبطلان لا يستند الى عدم تسجيل العقد وما يترتب على عدم التسجيل من بقاء الملكية الكاملة لديه ، انما يجب عليه أن يستند الى أسباب البطلان سواء كانت الاسباب راجعة للبطلان المطلق أو البطلان النسبى . فان كان البطلان مطلقاً وجب الحكم به سواء كان الطاعن قد رجع الى أسباب البطلان المطلق أو الى غيرها ما دام البطلان المطلق مما يتعلق بالنظام العام، ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه . أما اذا كان البطلان نسبياً فلا يجوز الحكم به بسبب عدم تسجيل العقد ، بل يجب الحكم بالرجوع الى أسباب البطلان . لأن العقد غير المسجل ليس معدوم الأثر القانونى بل تترتب عليه هذه الملكية الحيازية التى قلنا بها . ولذا اذا زال سبب البطلان النسبى وتنازل الطاعن عن طعنه به صح العقد وزالت شائبته ، ولا يجوز للبائع العودة الى الطعن على العقد بسبب عدم التسجيل ، وما دام للعقد غير المسجل أثر قانونى بين المتعاقدين .

وعدم التسجيل لا يعتبر سبباً من أسباب بطلان العقود بين المتعاقدين ولو أنه يترتب على عدم التسجيل عدم نقل الملكية الكاملة للمشترى . كل ذلك يرجع الى ما قررناه بشأن الالتزامات الشخصية المنوه عنها بالمادة الأولى من قانون التسجيل .

ب — أثر العقد الباطل وقانون التسجيل

بالنسبة للغير

١٢٨ — الغير وقد اكتسب حقاً عينياً على العقار اما أن يكون قد اكتسبه قبل أن يقوم بين المتعاقدين الاصليين نزاع قضائى أمام المحاكم ، واما أن يكون قد اكتسبه بعد رفع دعوى النزاع أمام القضاء

§ ١ — فى حالة اكتساب الغير للحق

قبل النزاع القضائى

١٢٩ — اذا اكتسب الغير الحق العينى المنصب على العقار قبل قيام نزاع قضائى بين المتعاقدين الاصليين وسجل عقده نفذ هذا العقد على المالك الاصلى . فاذا فرضنا وكان الغير مشتريا من المشترى الاول الذى اشترى من المالك الاصلى وسجل المشترى الثانى عقده قبل أن يرفع البائع الاصلى دعواه التى يطلب فيها بطلان العقد وجب احترام عقد المشترى الثانى

والبطلان هنا اما أن يرجع للبطلان المطلق واما للبطلان النسبى . ويجب أن نأخذ هنا أيضاً بما قررناه فى البطلان فى عهد القانون المدنى

فان كان البطلان مطلقاً راجعاً للنظام العام كالرسمية فى العقود نفذ البطلان على الغير . لانه يجب على الغير أن يعرف قانوناً أن الرسمية شرط لازم لانعقاد العقود الرسمية . فاذا اشترى الغير من موهوب له وكان عقد الهبة غير رسمى ولم تمض عليه مدة ١٥ سنة ورفع الواهب دعوى البطلان نفذ البطلان على هذا المشترى حقاً . وأما

اذا كان البطلان المطلق راجعاً الى سبب غير مشروع لم يكن معروفاً من طريق قانونى لدى الغير ، فانا قلنا بعدم نفاذ البطلان المطلق على الغير . والاسباب هنا فى عهد قانون التسجيل ، وهناك فى عهد القانون المدنى ، واحدة

وان كان البطلان نسبياً ، سواء كان يرجع لاحد العاقدين كعيوب الرضاء ، أو يرجع لغير العاقدين ، كالتهريب فى دعوى ابطال تصرفات المدين ، أو الصورية فى دعوى الصورية ، فانا قد قلنا برغم ما كاد يجمع عليه الفقه والقضاء هنا وهناك المتأثران بالمنطق البحت ، بأن الغاء العقد لا يكون حجة على الغير حسن النية اذا تسجل عقد البيع . وهذا هو الذى نأخذ به هنا أيضاً لوحدة الاسباب العلمية والعملية التى رجعنا اليها فى تبرير الرأى الذى نقول به

والعقد المطعون فيه بالبطلان النسبى على اختلاف أنواعه اما أن يكون مسجلا واما لا . فان كان مسجلا فلا شبهة فى الاخذ بما قررناه فى عهد القانون المدنى . وأما اذا كان غير مسجل فانه يجب الاخذ هنا أيضاً بما سبق أن قررناه . فاذا اشترى مشتر من المالك الاصلى بعقد شابه عيب من عيوب الرضاء ، أو شابته احدى شائبتى التهريب والصورية ، ولم يسجل المشترى عقده ، ثم باع هذا المشترى لمشتر آخر وسجل هذا الآخر عقده ، وجب نفاذ عقد المشترى من المشترى ، وذلك أخذاً بما قررناه بشأن نظرية الالتزامات الشخصية المترتبة على عدم تسجيل عقد الشراء الاول . لانه وان كان لم يترتب على عدم تسجيل عقد البيع الاول نقل الملكية الكاملة للمشترى الاول ، الا أنه قد ترتبت على العقد نقل الملكية الناقصة أو الملكية الحيازية للمشترى الاول . وهذه الملكية هى هى التى انتقلت الى المشترى من المشترى وثبتت لديه بتسجيل عقده . وعلى ذلك اذا منع حينئذ البائع الاصلى من حق الطعن على العقد الصادر منه بسبب عدم تسجيله ، و بقى لديه الطعن بسبب عيب من عيوب الرضاء ، فلا ينفذ هذا الطعن أيضاً على المشترى من المشترى ، أخذاً بما قررناه فى عهد القانون المدنى ، فى أن الغير لا يتأثر ببطلان عقد المشترى الاول ، على

نقيض ما كاد يجمع عليه كما قلنا القضاء والفقه هنا وهناك . وكذلك الحال أيضاً فيما اذا كان الطعن على العقد منصباً عليه بسبب التهريب في دعوى ابطال تصرفات المدين ، أو بسبب الصورية في دعوى الصورية . فان الغاء العقد هذا لا يؤثر على حق المشترى من المشترى . وقد بينا الاسباب القانونية في ذلك و بينا وجه الغرابة في أخذ رجال القانون هنا وهناك قضاء وفقهاً بالاثر اللارجعي في دعوى ابطال تصرفات المدين ، و بالاثر الرجعي في دعوى الصورية . و بينا عند ذاك تفوق المنطق البحت عندهم على الاعتبارات العملية

وفي كل ما تقدم يجب الرجوع الى أصلين هامين : الاصل الاول ما يتعلق بالالتزامات الشخصية المقررة بالمادة الاولى من قانون التسجيل . والاصل الثاني ما يتعلق بالاثر اللارجعي في حالة الغاء العقد . فاذا ما روعى هذان الاصلان وما قرناه لهما من الاحكام القانونية سهل الامر في تقرير حل قانوني لكل اشكال يعرض في الاثر الرجعي أو اللارجعي للالغاء

اذا علم ذلك وجب حينئذ أن نتبين مما تقدم بوجه عام أن حق الغير المقرر على العقار بعقد مسجل، حق نافذ على المالك الاصلي فيما اذا طعن هذا الاخير على العقد الصادر منه للمملك للغير، وكان الطعن حاصلا أمام القضاء و بعد تسجيل عقد الغير

والآن ننظر في حالة الطعن على العقد الصادر من المالك الاصلي طعنا قضائياً أمام المحاكم قبل تسجيل عقد الغير

§ ٢ — في حالة اكتساب الغير للحق أثناء النزاع القضائي

١٣٠ — رأينا حالة الغير الذي اكتسب حقاً عينياً عقارياً بعقد مسجل قبل قيام النزاع القضائي بين المملك له والمالك الاصلي بشأن بطلان العقد

والآن نتكلم على حالة الغير الذي اكتسب حقاً عينياً عقارياً أثناء قيام النزاع القضائي بين المملك له والمالك الاصلي بشأن بطلان العقد ، أو اكتسب حقه العقاري

بعقد لم يسجله الا بعد النزاع القضائى

ونرى تمهيداً لهذا البيان أن نمهد له بعرض الروح القانونية التى أخذ القضاء يعمل بها فى تقرير احكامه بشأن الغير والتسجيل ، والتى أخذ بها الشارع أيضاً عند وضعه لقانون التسجيل الجديد

المبحث الاول — فى الروح القانونية للتسجيل

(١) فى الروح القانونية للتسجيل لدى القضاء

١٣٠ مكرر (١) — لقد رأينا فى عهد القانون المدنى أن القضاء بعد أن اختلف فى تقدير الاثر المترتب على الحكم الذى يصدر فى النزاع بين المتنازعين بالنسبة للغير ، قرر أخيراً بحكم دائرة الدوائر المختلطة فى ١٥ يناير سنة ١٩١٤ بان هذا الحكم لا يحتج به ضد الغير اذا سجل هذا الغير عقده قبل تسجيل الحكم . وفى هذا الوقت نفسه قرر القضاء كما رأينا بأنه لا يحتج بتسجيل عريضة الدعوى ضد الغير ، لان عرائض الدعاوى لا تدخل ضمن الأوراق الخاضعة للتسجيل طبقا للمادة ٦١١/٧٣٧ مدنى

ومن هذا الرأى القضائى ، المؤيد بالفقه ، فيما يتعلق بالحكم الصادر فى النزاع وتأثيره على الغير ، وفيما يتعلق بتسجيل عريضة الدعوى ، نرى أن القضاء يرمى الى تقرير قاعدة يؤيدها بأحكام التسجيل العامة ، ولكنه فى الوقت نفسه يقيدها بنفس أحكام التسجيل وقيوده .

ذلك أنه فى تقريره لنفى الأثر عن الحكم الصادر فى النزاع فيما اذا سجل الغير عقده قبل تسجيل الحكم ، انما أخذ بالاصل الذى رجع اليه الشارع فى تقرير التسجيل واعتباره له أداةً للاشهار والعلانية فيما يتعلق بالعقود الناقلة للملكية العقارية أو الناقلة أو المعدلة لاى حق عينى عقارى آخر . ذلك لان التسجيل انما شرع لاجل أن يكون واسطة لافهام الغير بما تحمل به العقار من حقوق عينية ، سواء كان ذلك الغير

قد اكتسب حقه العينى العقارى قبل قيام أى نزاع قضائى بين المملك له والمنازع لهذا المملك ، أو أثناء قيام هذا النزاع ، ما دام قد قام هذا الغير بما يقضى به القانون نفسه بتسجيل عقده قبل تسجيل الحكم (المادة ٦١٤/٦١٥ مدنى والمادة ٢٧٠/٣٤١ مدنى) ويستفاد من هذا الرأى أن القضاء لم يشأ ان يترك للمنطق البحت سلطانا عليه بعد أن كان لهذا المنطق ذلك الاثر الضار فى تقرير الرأى الاول الذى كان يقول بأن للحكم الصادر فى الدعوى أثراً رجعياً ، وأنه يحتج به على الغير سواء سجل الغير عقده أم لم يسجله ما دام الحكم قد قرر أن المملك للغير غير مالك . فجاء القضاء فى رأيه الثانى وقرر الاخذ بأحكام التسجيل ، وانه يجب الاخذ فى حماية الغير بما يترتب على اشهار الاوراق الناقلة للملكية والحقوق العينية العقارية أو المؤيدة لها ، اشهاراً من طريق تسجيلها بسجلات خاصة ، وانه لا عبرة بالمنطق البحت . لان القانون فى تقريره لاحكام التسجيل لم يراع المنطق البحت ، انما راعى الاعتبارات العملية ، وما يترتب عليها من ضرورة حماية الافراد من مفاجآت المنطق ، فيما يجهله الغير وفيما لا يعلمه الا من طريق التسجيل

وقد تأيدت وجهة النظر هذه لدى القضاء عند ما عالج نظرية تصرف الوارث فى عقار موروث قد سبق لمورثه التصرف فيه حال حياته ، وسجل المشترى من الوارث قبل تسجيل المشترى من المورث (نقول المشترى تسهيلا فى التعبير . والقاعدة العامة المكتسب لحق عينى عقارى فيشمل المشترى والمرتهن رهنا حيازياً عقارياً وصاحب حق الارتفاق وهكذا) اذ يرى القضاء رأياً يخالف رأياً آخر له ، فى أنه يجب الاخذ فى هذه الحالة بأحكام التسجيل ، وأن القاعدة القائلة بأنه لا ميراث الا بعد الوفاء بديون المورث ، قد تأثرت بأحكام التسجيل[1] وقد أيدنا هذا الرأى القائل بأحكام التسجيل بعد أن راعينا الاعتبارات العملية وما يمكن أن يفعله المشترى من الوارث من التأكد من هذه الظروف الثلاثة : صحة الارث فى ذاته ومن تملك المورث للعقار

(١) راجع أدلة الالتزامات لنا ج ٢ ص ٢٩٥ وما بعدها

ومن خلو هذا العقار من حقوق عينية تقررت عليه لعدم تسجيلها قبل تسجيل المشترى من المورث . بحيث اذا تأكد المشترى من الوارث من صحة هذه الظروف الثلاثة صح عقده ونفذ على كل من يدعى اكتساب حق عينى على هذا العقار ولم يسجل عقده

هذا ومن طريق آخر قد تأيدت وجهة النظر المتقدمة فى تقرير حماية الغير من طريق الاشهار بالتسجيل ، عنـد ما عالج القضاء الفرنسى نظرية تسجيل ورقة الضد بحكم النقض المعروف الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ . ولما صدر هذا الحكم وقد قضى باعتبار ورقة الضد المسجلة حجة على الغير ، انبرى لتأييده دى لوان[١] وقال بعكسه تيسييه و بارد[٢] وقال القضاء المصرى بالرأى الاول[٣] ورجحنا نحن بكتابنا فى اثبات الالتزامات [٤] الرأى الثانى . وكنا متأثرين اذ ذاك بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ التى عينت الاوراق الخاضعة للتسجيل ، وأن التسجيل أمر عرضى جاء استثناءاً للقواعد القانونية الاصلية ، وأن ورقة الضد لا تنقل الملكية الى البائع الصورى ولا تردها اليـه ما دام البيع صوريا وما دام أن الملكية لا زالت بيد البائع الاصلى . وانا نعدل الآن عن هـذا الرأى ونرى تأييد النقض الفرنسى والقضـاء المصرى ، فى أن تسجيل ورقة الضد حجة على الغير . ذلك لان التسجيل وقد أصبح الاداة الوحيدة فى اشهار الحقوق العينية ، فلا سبيل للبـائع الصورى فى أخبار الغير بصورية البيع الا طريق التسجيل . وقد تأثرنا فى هذا الرأى الحاضر بما قرره قانون التسجيل الجديد من الاحكام العامة التى أراد بها أن يجعل التسجيل الاداة الوحيدة ، ليس فقط فى أخبار الغير بما تتحمل به العقارات من الحقوق العينية ، بل بأخباره أيضاً بما يهدد العقارات من مخاوف أنواع النزاع المختلفة ، فيما اذا رفعت دعاوى تتعلق بابطال عقده أو فسخها . اذ أباح قانون التسجيل الجديد بالمادة ٧ كما سنبينه حالا تسجيل عرائض الدعاوى واعتبار هذا التسجيل حجة على الغير الذى يكتسب حقاً عينياً على العقار أثناء النزاع القضائى

---

(١) اثبات الالتزامات لنا ج ١ ص ٣٣٣ وما بعدها (٢) اثبات الالتزامات لنا ج ١ ص ٣٤٠ وما بعدها (٣) الاثبات ج ١ ص ٣٣٢ (٤) ج ١ ص ٣٥٢

أو قبله وسجل عقده بعد تسجيل عريضة الدعوى [١]

ولقد رأينا كما ذكرنا هنا أن القضاء فى عهد القانون المدنى لم يشأ أن يجعل لتسجيل عريضة الدعوى أثراً على الغير ، وذلك لان عريضة الدعوى لا تعتبر من الاوراق الناقلة للملكية أو للحق العينى العقارى ، وهى الاوراق الواردة على سبيل الحصر بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ مدنى

(٢) فى الروح القانونية للتسجيل

لدى الشارع الجديد

١٣٠ مكرر (٢) — ولكن لما جاء واضع قانون التسجيل الجديد وأراد به أن يكون نواة لنظام السجلات العقارية الذى يريد ادخاله بمصر فيما بعد ، رأى هذا الشارع ، وقد جعل التسجيل وحده أداة إشهار وعلانية فيما يتعلق بالعقارات من عقود وغير عقود ، وهذا هام ، رأى هذا الشارع أن يقرر قاعدتين خالف بهما قواعد القانون المدنى المقررة بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ مدنى المذكورة

١٣٠ مكرر (٣) — رأى أولا أن لا يعين الحقوق العينية العقارية الخاضعة للتسجيل كما عينها القانون المدنى بالمادة ٦١١ . بل أطلق القول فيها بحيث يشمل جميع الاوراق الخاصة بالحقوق العينية العقارية. وفعل ذلك وهو متأثر بالروح العامة التى تسوقه الى وضع قانون التسجيل باعتبار التسجيل أداة عامة لاشهار كل ما يتعلق بالعقارات من عقود وغير عقود ، ومتأثر أيضاً بالمادتين ١٤ و ١٥ من مشروع قانون السجلات العقارية الذى أقرته اللجنة الدولية للتشريع المختلط سنة ٩٠٤ ، وهما المادتان اللتان عنيتا بذكر جميع الحقوق العينية العقارية التى يجب أن تخضع للاشهار والعلانية . وفى هذا الشأن ورد بالمذكرة الايضاحية لقانون التسجيل الجديد ما يأتى : « ومن البديهى

---

(١) وقد تأثرنا ايضا بقانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٣ رقم ٤٩ و ٥٠ الخاص بتسجيل عقد الايجار الصادر من الدائن المرتهن رهنا حيازيا عقاريا الى نفس المدين الراهن ، حتى يكون العقد حجة على الغير ، وبرغم ان عقد الايجار لمدة تقل عن تسع سنوات

أنه لا يمكن التفكير فى تسجيل الاملاك العقارية وهو أساس كل نظام للسجلات العقارية طالما أن تحديد حالتها القانونية ، أى تحديد حقوق الملاك على اختلاف أنواعهم ، تعترضه عقبات كالتى أظهرتها التجارب . وقد رأت اللجنة الخاصة ضرورة البدء فى تقليل هذه العقبات بقدر الامكان ان لم يكن بازالتها تماما ، وهى تنحصر فى : (١) عدم بيان العقود التى يجب تسجيلها بيانا وافيا . (٢) الخ . »[1] وورد بالمذكرة الايضاحية أيضاً ما يأتى : « أما فيما يتعلق ببيان العقود الواجبة التسجيل فان المواد ٧٣٧ و ٧٣٨ و ٧٣٩ من القانون المدنى المختلط (وهى المقابلة للمواد ٦١١ و ٦١٢ و ٦١٣ مدنى أهلى) ليست عبارتها عامة بالقدر الكافى ، كما أنها غير دقيقة . ولذلك كانت موضوع مناقشات هامة لمعرفة ما اذا كان بعض العقود المعينة يجب تسجيلها أو لا . فالمادتان الاولى والثانية من المشروع تنصان على مبدأ اشهار الحقوق العقارية بصيغة عامة تشمل من جهة الخ . . . . والنص المقترح مبنى على أحكام المادتين ١٤ و ١٥ من مشروع اللجنة الدولية المشكلة فى سنة ١٩٠٤ وهو مشروع روعيت فيه كثيراً مباحث اللجنة التى شكلت فى فرنسا فى سنة ١٨٩١ من غير أعضاء البرلمان لادخال نظام السجلات العقارية »[2]

١٣١ — وثانياً رأى الشارع فى قانون التسجيل الجديد أن لا تكون قاعدة الاشهار والعلانية منصرفة فقط الى جميع العقود الناقلة للحقوق العينية العقارية بلا حصر ولا تعيين ، بل أطلق التعميم فى الاشهار والعلانية وجعله يتمشى على عرائض الدعاوى . وقررت فى ذلك المادة ٧ من قانون التسجيل ما يأتى : « يجب التأشير[3] على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل[4] بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان[5] أو الفسخ[6] أو الالغاء[7] أو الرجوع فيها[8] . فاذا كان المحرر الاصلى لم يسجل

---

(١) انظر مجلة المحاماة المجلد ٣ سنة ٩٢٣ ص ٤٥٨ العامود الاول . — وانظر جازيت المحاكم المختلطة المجلد ١٣ سنة ٩٢٣ ص ٨٢ العامود الثانى فى آخره

(٢) المحاماة ص ٤٥٨ . — جازيت ص ٨٢ العامود الثالث

(٣) annotés

(٤) actes soumis à la transcription

(٥) demandes en annulation

(٦) résolution

(٧) révocation

(٨) rescision

فتسجل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق[1] أى حق من الحقوق العينية العقارية[2] يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر »

١٣٢ — وهذه القاعدة الجديدة من جانب الشارع المصرى فى جعل التسجيل يتمشى على عرائض الدعاوى وعلى عقود الايجار الصادرة من الدائن المرتهن رهناً عقارياً احيازياً للمدين الراهن (قانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٣ رقم ٤٩ أهلى و٥٠ مختلط) وعلى عقود الايجار والمخالصات المنوه عنها بالمادة ٧ من قانون التسجيل ، وهى ليست بالعقود الخاصة بالحقوق العينية العقارية ، مما يدل على أن الروح التشريعية للتسجيل فى الوقت الحاضر انما تنصرف الى جعل التسجيل أداة اشهار واعلان ، ليس فقط للحقوق العينية المتوقعة على العقار ، بل لاخبار طوائف الغير على اختلاف أنواعهم بما يحف العقار من مخاوف النزاع القضائى ، حتى يعلموا بمبلغ ما يحيط العقار من المخاطر ، فلا يقدمون على تقرير حقوق عينية عليه الا وهم يعلمون بما يشو به من حقوق منصبة عليه ، سواء كانت ترجع هذه الحقوق الى حقوق متوقعة بالفعل على العقار ، أو كانت ترجع هذه الحقوق الى المطالبة بالعقار نفسه من طريق الابطال أو الفسخ أو تثبيت الملكية بوجه عام

اذا تبين ذلك علمنا أن التسجيل فى الوقت الحاضر هو أداة اشهار وعلانية للغير ليعرف هذا الغير ما يخافه على عقده من شوائب شابت العقار الذى يريد أن يتقرر له عليه حق عينى

١٣٣ — واذا كان قد لوحظت مصلحة الغير فى تقرير التسجيل بوجه عام فى العقود ، وفى غير العقود كعرائض الدعاوى ، فان مصلحة المتنازعين قد حماها الشارع أيضاً بتقرير تسجيل عرائض الدعاوى . ذلك لان المطالب بالعقار نفسه من طريق رفع دعوى الابطال والفسخ وما الى غير ذلك مما هو مذكور بالمادة السابعة المتقدمة ، أصبح هو الآخر محمياً من وقت تسجيل عريضة الدعوى . فاذا صدر الحكم لمصلحته اصبح

---

(١) demandes en revendication

(٢) de tous droits réels immobiliers

الحكم ذا أثر رجعى يرجع الى تاريخ تسجيل عريضة الدعوى ، ويصبح الحكم نافذ المفعول من ذلك الوقت على الغير، أى على من يكتسب حقاً عينياً على العقار المتنازع فيه قبل النزاع القضائى أو أثناءه ، ولم يسجل عقده الا بعد تسجيل عريضة الدعوى (المادة ١٢ من قانون التسجيل الجديد)

ومما مر يرى أن الشارع قد جعل التسجيل طريقاً يلجأ اليه كل من ينشد مصلحة معينة على عقار . فهو أداة حماية للغير بوجه عام ، سواء كان الغير هو من يتملك حقاً على العقار المتنازع فيه ، أو كان الشخص المطلوب حمايته هو نفس أحد المتنازعين

وعلى ذلك نرى من هذه الروح التشريعية العامة ، أن كل ورقة متعلقة بحق عينى عقارى سواء كانت عقداً أو غير عقد ، يجب أن تكون حجة على الغير اذا تسجلت. وأما اذا لم تسجل فلا تكون نافذة على الغير

وها نحن الآن نبين مبلغ ما وصل اليه الشارع المصرى من تقرير آثار التسجيل الجديد فيما يتعلق بعرائض الدعاوى ، وما قرره من وسائل الحيطة ، حتى لا ينزل بالاشخاص ضرر من تعسف المتعسفين الذين يسارعون الى تسجيل العرائض فى الدعاوى الكيدية ، وما اذا كان الشارع قد وفق الى تقرير قاعدة تسجيل عرائض الدعاوى تقريراً بعيداً عن النقص والنقد أم لا

المبحث الثانى — فى عرائض الدعاوى الخاضعة للتسجيل

١٣٤ — وردت قاعدة تسجيل عرائض الدعوى بالمادة ٧ من قانون التسجيل. وقد أثبتنا المادة برمتها وذكرنا العبارات الفرنسية المقابلة للعبارات العربية . وانا نلاحظ على هذه المادة عيوباً شكلية وعيوباً جوهرية . ومن شأن هذه العيوب أن تجعل المادة غامضة غير واضحة وتجعل سبيل الوصول الى أصل حقيقتها متعذراً . ولذا سنعمل فى ايضاحها على الرجوع الى القواعد العامة والى المذكرة الايضاحية

يقرر الشارع بأن العرائض الخاضعة للتسجيل هى عرائض دعاوى البطلان[1] والفسخ[2] والالغاء[3] والرجوع فى العقود[4]. ويوهم هذا التعبير من جانب الشارع أنه أراد الاخذ بنظرية الحصر فى الاوراق الخاضعة للتسجيل. ونرى نحن أن الحصر لا محل له. بل يجب الاخذ على نقيض ذلك بتسجيل كل عريضة دعوى يستحيل فيها الحكم الى تقرير حق منصب على عقار معين، أو تقرير حق يرجع لحق الضمان العام[5] المقرر للدائنين بوجه عام على أموال مدينهم (المادة ٥٥٥/٦٧٩ مدنى و ٢٠٩٢ فرنسى) وذلك :

أولا : أن الشارع المصرى استعمل كلمات خاصة[6] وهو يوهم بذلك أن يصرف كل كلمة الى نوع معين من الدعاوى ولقد سبق أن رأينا أن هذه الدعاوى المختلفة وان اختلفت مسمياتها فهى ترمى الى نتيجة واحدة وهى تقرير حق عينى. على العقار المتنازع فيه، للمدعى، ونزع هذا الحق من المدعى عليه. فالدعوى الاولى وهى دعوى البطلان[7] تنصرف الى طلب بطلان عقد لعيوب شابته. والبطلان هنا اما مطلق واما نسبى. ولقد بينا ما يمكن أن يؤخذ على هذه الدعوى من أوجه النقد[8] ويراد بها اعادة الحالة الى ما كانت عليه من قبل، وهى تحكى بذلك الدعوى الرومانية المعروفة المسماة بدعوى اعادة الحالة والرد كاملاً[9]

والدعوى الثانيـة الواردة بالمادة ٧ المذكورة هى دعوى الفسخ[10] وهى الدعوى التى يطلب فيها فسخ العقد فيما اذا كان الرضاء رضاء شرطياً

والدعوى الثالثـة دعوى الالغاء[11] ولعل المراد بها دعوى الفسخ[12] (ويفرق

---

(١) demandes en annulation (٢) résolution
(٣) révocation (٤) rescision
(٥) gage général (٦) annulation و résolution و révocation
و rescision (٧) annulation (٨) وتسمى أيضا action en nullité كما ذكرنا بمكانه
(٩) restitutio in integrum (١٠) résolution
(١١) révocation (١٢) résiliation

الشارحون الفرنسيون بين دعوى الفسخ الاولى (١) ودعوى الفسخ الثانيـة (٢) أن للاولى أثراً رجعياً . وأما الثانية فلا)

والدعوى الرابعة دعوى الرجوع فى العقد (٣) وهى الدعوى التى سبق أن شرحنا ماضيها فى البلاد الفرنسية التى لم تكن خاضعة للعادات والتى كانت مسوسـة باحكام القانون الرومانى . ويراد بها الغاء العقد فيما اذا أصاب البائع غبن معين

ولقد لاحظنا أن الشارع الفرنسى يستعمل أحيـاناً اسم دعوى الرجوع(٤) فى مقام دعوى البطلان (٥)

ويرى الشارحون العصريون الاكتفاء بدعوى الالغاء(٦) اذ تنصرف هـذه التسمية الى الغاء العقد ، سواء كان سبب الالغاء راجعاً الى العيوب المفسدة للرضاء ، أو راجعاً الى عيب الغبن

ومما مر يرى أن الشارع أراد بالدعاوى الاربعة المتقدمة ، رد العقار الى المدعى خالصاً من يد المدعى عليه ، وخالصاً من كل ما تقرر عليه من حقوق عينية للغير وتسجل بعد تسجيل عرائض الدعاوى

وكان الاجدر بالشارع المصرى الجديد أن لا يرجع الى هذه المسميات الاربعة التى ترجع الى اعتبارات تاريخية فرنسية . وكان الأولى به أن يكتفى بان يقول بدعوى الالغـاء (٧) لان هذه الدعوى ترمى الى تحقيق الاغراض المرجوّة من الدعاوى الاربعة ، وهى رد العقار الى المدعى حراً من كل شائبة عقارية تشوب العقار وتكون قد توقعت عليه بعد تسجيل عريضة الدعوى . ونرى أن فى بقاء المسميات الاربعة هذه بالمادة السابعة المذكورة ذريعة للاضطراب فى تفسير المادة وفى تقرير القاعدة التى يرمى اليها الشارع فى الاصل ، وهى حماية المدعى من تصرف خصمه أثنـاء نظر الدعوى و بعد تسجيل عريضة الدعوى

---

(١) résolution (٢) résiliation (٣) rescision
(٤) en rescision (٥) annulation
(٦) action en nullité (٧) action en nullité

ثانياً — ان الشارع لقانون التسجيل الجديد وقد أراد حماية المدعى من مخاوف تصرف خصمه المدعى عليه فى العقار أثناء قيام النزاع القضائى و بعد تسجيل عريضة الدعوى ، كان يجب عليه أن يقرر قاعدة الحماية بطريقة عامة بحيث لا تقف فقط عند حد حماية من يسترد العقار لنفسه خاصة فيما اذا كان بائعاً وأراد فسخ العقد أو ابطاله لاى سبب من اسباب الفسخ أو الابطال سواء كانت تلك الاسباب ترجع للعيوب المفسدة للرضاء أو لعيب الغبن أو للشرط الفاسخ عند ما يكون الرضاء معلقاً على شرط ، وكان يجب كما قلنا أن تكون الحماية عامة تتناول أيضاً كل من يدعى حقاً عاماً منصباً على أموال المدين، فيما اذا جاء المدعى ورفع دعوى ابطال تصرفات المدين(١) أو دعوى الصوريه(٢) أو كل من يدعى حقاً خاصاً ، كالبائع ، فى الاحوال الخمسة الواردة بالمادة ٧ من قانون التسجيل ، أو فى الاحوال الاخرى الخاصة بالبائع أو بالمدين الراهن ، كما اذا جاء البائع أو المشترى ورفع دعوى تحقيق الامضاء (المادة ٢٥٢ / ٢٩٠ وما بعدها مرافعات) عند ما يرفض أحد المتبايعين (أو أحد المتعاقدين على حق عينى عقارى قابل للتسجيل) الحضور أمام الموظف الحكومى لاجل المصادقة على الامضاء طبقاً للمادة ٦ من قانون التسجيل . أو رفع دعوى بصحة التعاقد بذاته بدلا من رفع دعوى تحقيق الامضاء . وفيما يتعلق بالمدين الراهن اذا رفع المدين دعوى شطب الرهن الرسمى (المواد ٥٧١ / ٦٩٥ و ٥٧٢ / ٦٩٦ مدنى) . ولا معنى مطلقاً لان يحمى المدعى فيما اذا كان بائعاً وطلب فسخ أو الغاء العقد ، ولا يحمى الدائن رافع دعوى ابطال تصرفات المدين أو دعوى الصورية ، ولا يحمى المدعى طالب الحكم بصحة توقيع خصمه على العقد حتى يستطيع تسجيله مع الحكم القاضى بصحة التوقيع امضاء أو ختماً ، ولا يحمى المدين فى دعوى طلب شطب الرهن الرسمى . وكل من هؤلاء المدعين انما يطلب حقاً منصباً على العقار . الاول وهو البائع يطلب حقاً معيناً . والثانى وهو الدائن يطلب حقاً مطلقاً يستخدمه فيما بعد ذريعة للتنفيذ على العقار فيما اذا قضى له.

---

(١) action paulienne أى action révocatoire

(٢) action en simulation

والثالث يطلب الحكم بصحة توقيع البائع حتى يقدم العقد مع الحكم لقلم التسجيل لتنتقل الملكية اليه ، أو يطلب البائع تحقيق صحة امضاء المشترى لتسجيل العقد مع الحكم حتى يحفظ الامتياز المقرر له ضماناً للثمن كلا أو بعضاً . والرابع وهو المدين الراهن رهناً رسمياً انما يطلب تحرير عقاره من شائبة الرهن وليس من المصلحة له أن يظل قيد الرهن لاصقا بعقاره حتى ينتهى الفصل فى الدعوى نهائياً ، دون تسجيل عريضة الدعوى . ومما يؤكد صحة الرأى الذى نقول به فى ضرورة تقرير قاعدة تسجيل عريضة الدعوى فى كل حالة يرمى فيها المدعى الى تقرير حق خاص أو حق عام ، ما ورد بالمذكرة الايضاحية فى هذا الشأن بما يأتى : « أما فيما يتعلق بالدعاوى التى لم يرد فى القانون ذكر ما يترتب عليها بالنسبة للغير (مثل دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية وهى دعاوى كثيرة العدد فى المحاكم) فتبقى خاضعة المبادئ القانونية التى اقرتها احكام المحاكم مع مراعاة تطبيق الفقرة الاولى من المادة ١٢ » [١]

١٣٥ — والذى يستفاد من هذه النبذة من المذكرة الايضاحية ما يأتى :

١ — أن الشارع أراد من تقرير قاعدة تسجيل عرائض الدعاوى أن تكون القاعدة عامة بحيث لا تقف عند الدعاوى الخمسة المعدودة بالمادة السابعة ، بل تتناول أيضاً دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية وغيرهما من الدعاوى الاخرى ، بدليل استناد هذه المذكرة الايضاحية الى المادة ١٢ من قانون التسجيل وهى التى تقول : « يترتب على تسجيل[٢] الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها [٣] أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون[٤] يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق[٥] وأصحاب الديون العقارية [٦] ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » وكان الاجدر بالشارع أن يضع المادة ٧ وضعاً عاماً محكما

---

(١) المحاماة المجلد ٣ ص ٤٦٣ العامود الثانى فى أواخره . — جازيت المجلد ١٣ ص ٨٤ العامود الثانى فى أوله

(٢) transcription (٣) annotation

(٤) jugement régulièrement annoté (٥) tiers acquéreurs

(٦) créanciers hypothécaires

بحيث يتناول تقرير القاعدة بوجه عام يتمشى على كل حالة يطلب فيها المدعى تقرير حق له .

وبناء على هذه القاعدة العامة التى تنم عليها المذكرة الايضاحية فى تفسيرها للمادة ٧ المذكورة تفسيراً لا تدل عليه عبارة المادة ، والتى تنم عليها أيضاً المادة الاولى من قانون التسجيل فى اطلاق قاعدة التسجيل على العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية بوجه عام ، نرى أن هذا الاطلاق لا يقف فقط عند الدعاوى الخمسة وعند دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية ، بل يتمشى أيضاً على الدعاوى الاخرى خلاف الدعاوى السبعة هذه . وعلى ذلك اذا طلب المدين شطب الرهن الرسمى بدعوى اقامها على الدائن جاز للمدعى تسجيل عريضة الدعوى حتى يحول بذلك دون تحويل الدائن الدين المضمون بالعقار المرهون رهنا رسمياً أثناء نظر الدعوى. فاذا تسجلت العريضة وجاء الغير وتعامل مع الدائن وقبل تحويل الدين اليه المضمون بالضمان العقارى ، ثم رأى بعد ذلك أن هناك دعوى شطب الرهن مرفوعة على الدائن وان عريضتها مسجلة بقلم التسجيلات ، امتنع عن التعامل مع الدائن . وكذلك الحال أيضاً فى حالة الرهن العقارى الحيازى (١) فيما اذا دفع المدين الدين وطالب الدائن بتسليمه العقار فأبى الدائن ، فرفع المدين الدعوى بتسليم العقار اليه . اذ نرى فى هذه الحالة أيضاً بأنه يجوز للمدين تسجيل عريضة الدعوى حتى يقطع بذلك خط الرجعة على الدائن فى تحويل الدين المضمون بالرهن الحيازى العقارى الى الغير .

وكذلك أيضاً المشترى مثلا الذى اشترى من البائع بعقد ودفع الثمن واستلم العقار وطالب البائع بالحضور أمام الموظف الحكومى المعين للمصادقة على امضائه طبقاً للمادة ٦ من قانون التسجيل فأبى البائع الحضور ، وبذا استحال على المشترى تسجيل العقد وظلت الملكية على ذلك بيد البائع يستطيع نقلها قانوناً للغير حسن النية. لذا نرى هنا من طريق القياس على المادة ٧ المذكورة ومن طريق الاخذ بروح التسجيل ، أنه

---

(١) gage immobilier

يجوز للمشترى أن يسجل عريضة الدعوى التي يرفعها بطلب الحكم بصحة توقيع خصمه طبقاً للمواد ٢٥١ / ٢٩٠ وما بعدها من قانون المرافعات . والتسجيل هذا ضرورى له لانه يُحال به دون تصرف البائع فى العقار للغير. فاذا جاء الغير وأراد التعاقد مع البائع على هذا العقار ووجد عريضة دعوى صحة التوقيع مسجلة امتنع عن التعامل معه ، وبذا يحمى المشترى الاول من عبث البائع وتعمده الاضرار به

اذا علم ذلك يمكن تعميم القاعدة بطريقة عامة مطردة وهو أنه يجوز تسجيل عريضة الدعوى التي يرفعها المدعى و يطلب فيها حقاً منصباً مباشرة على العقار ، أو حقاً يمكن التنفيذ به فيما بعد على العقار(١)

٢ — أنه لولا ورود الاشارة الى دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية بالمذكرة الايضاحية والاشارة بها الى المادة ١٢ لاصبح من المتعذر تفسير المادة ٧ تفسيراً مطابقاً لروح التشريع فى التسجيل الجديد . وكان الأجدر بالشارع أن يضع المادة ٧ المذكورة بحيث يكون لها من الصيغة العامة ما يجعل كل دعوى بعقار داخلة تحت حكمها

٣ — ان لعبارة المذكرة الايضاحية هى الاخرى غموضاً يزيد المادة الاصلية

(١) لاحظنا ان عبارة المذكرة الايضاحية وهى العبارة التي أوردنا نصها العربى هنا ، قد وردت بالترجمة العربية وروداً مشوبا بالغموض والنقص . بحيث اذا اكتفى القارئ بالنص العربى دون مراجعة النص الفرنسى له ، وهو النص الاصلى طبعاً ، كان ذلك مدعاة للاخذ والرد فى تفسير المادة ٧ المذكورة فوق ما هى عليه من الغموض والنقص فى وضعها الحاضر . وذلك ان عبارة المذكرة الايضاحية فى قولها «اما فيما يتعلق بالدعاوى التي لم يرد فى القانون ذكر مايترتب عليها بالنسبة للغير . . . » قد أوردت كلمة القانون ترجمة لكلمة Code الواردة بالنسخة الفرنسية . وهذه الترجمة العربية تشعر بان الغرض من كلمة «القانون» هو قانون التسجيل الجديد. مع ان الغرض هو «القانون المدنى» لا قانون التسجيل الجديد . وقد ترتب على هذا النقص فى الترجمة العربية اننا قلنا بكتابنا فى الاموال ص٩٣٤ ن٦٤٠ وما بعدها بان الشارع اهمل دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية ولم يشأ اخضاع عرائض الدعوى فيهما الى التسجيل . ولكن قلنا مع ذلك بضرورة الاخذ بالتسجيل بالرجوع الى القاعدة العامة المستفادة من روح التسجيل الجديد . فاذا اضفنا نقص الترجمة العربية الى غموض المادة بان ما لهذه المادة من سوء الحظ وضعا وترجمة . ولولا ورود التنويه الى دعوى ابطال تصرفات المدين والاشارة الى المادة ١٢ بالمذكرة الايضاحية وورود كلمة Code بها ايضا ، لكان قد بلغ غموض المادة ٧ غموضا يستحيل معه التكهن بتفسيرها تفسيراً صحيحاً

غموضاً فوق غموضها . ذلك لانه يمكن أن يستفاد من ظاهرها بأن دعويي ابطال تصرفات المدين والصورية يبقيان خاضعين فى آثارهما القانونية الى ما قرره لهما القضاء فى عهد القانون المدنى . وذلك فى حالة ما اذا لم تتسجل عريضة الدعوى فيهما . وأما اذا تسجلت فيؤخذ بحكم التسجيل المقرر بالمادة ١٢ . أى اذا تسجلت عريضة الدعوى كانت حجة على الغير . واذا لم تسجل فلا تكون حجة على الغير ، اذ تخضع فى هذه الحالة لاحكام القانون المدنى الذى لا يعرف تسجيل عرائض الدعاوى ، ولأن المادة ٧ لم تشر الى هاتين الدعويين ، وأن كلمة الالغاء[1] الواردة بها لا تنصرف الى الغاء العقد وهو الالغاء الذى يطلبه أحد العاقدين وهو الذى كان مالكا أصلياً

١٣٦ — وان كان هذا التفسير هو الذى يؤديه ظاهر العبارة المتقدمة من المذكرة الايضاحية فهو تفسير لا يستقيم مع الاصول القانونية العامة المستفادة من نفس القانون . ذلك لأنه لايمكن أن يقال علماً وقانوناً أن عريضة الدعوى اذا تسجلت أصبحت حجة على الغير ، واذا لم تسجل فانها تصبح حجة على الغير أيضاً . وذلك :

ا — إنه فى دعوى ابطال تصرفات المدين يرمى المدعى وهو الدائن الى الغاء العقد الصادر من المدين وجعل العقار حراً من هذا التصرف حتى يتمكن الدائن من التنفيذ عليه وحده بحقه . ويخشى الدائن أثناء نظر الدعوى أن يتصرف المشترى الى مشتر منه حسن النية ، فلا يستفيد هذا الدائن من الحكم بالغاء التصرف الاول مع بقاء التصرف الثانى الذى يترتب عليه خروج العقار من ملك المدين وعدم تمكين الدائن من التنفيذ عليه

أى أن للدائن مصلحة ظاهرة فى تسجيل عريضة الدعوى حتى يكون تسجيلها قاطعاً لخط الرجعة على المشترى من التصرف فى العقار لمشتر منه . لان المشترى من المشترى لا يقدم على الشراء ما دامت العريضة مسجلة

---

(١) révocation

ولذا نرى هنا أنه لابد من نفاذ الحكم على المشترى من المشترى اذا تسجلت العريضة ، وأما اذا لم تسجل فلا ينفذ الحكم على الغير

ب — ان للمدعى فى دعوى الصورية مصلحة ظاهرة فى تسجيل عريضة الدعوى حتى يقطع هو الآخر خط الرجعة على المشترى الصورى من أن يتصرف الى الغير حسن النية . والقاعدة هنا واحدة كما فى حالة دعوى ابطال تصرفات المدين

جـ — لعل واضع المذكرة الايضاحية يريد من القول فى ان دعوى ابطال تصرفات المدين والصورية يبقيان خاضعين للمبادئ التى قررها لهما القضاء فى عهد القانون المدنى ، أنه يشير بذلك الى دعوى الصورية فى أن للحكم فيهما أثراً رجعياً على الغير أخذاً بما كاد يجمع عليه الفقه والقضاء الفرنسيان وبما أخذ به الفقه والقضاء المصرى كما بيناه فى مكانه ، وبما خالفنا الكل فى هذا الشأن . أى كأن واضع المذكرة الايضاحية يريد أن يقول بأنه اذا لم تسجل عريضة دعوى الصورية فيكون للحكم على ذلك أثر رجعى طبقاً للقاعدة المقررة من جانب الفقه والقضاء كما ذكرنا . فاذا رفع مدعى الصورية على المشترى الصورى ولم يسجل عريضة الدعوى واشترى مشتر من المشترى الصورى أثناء قيام النزاع ، وحكم بالصورية ، نفذ على الغير حسن النية وهو المشترى من المشترى الصورى . وقد بينا بمكانه فساد هذه القاعدة فى عهد القانون المدنى وأقمنا الحجة على عدم صحتها وعلى تناقضها مع الاصول العامة المستفادة من حكمة التشريع فى التسجيل . وقلنا بأن عقد المشترى بحسن نية من المشترى الصورى عقد نافذ على المدعى ، الا اذا سجل ورقة الضد كما أخذنا بهذا الرأى أخيراً . أو سجل المدعى فى عهد قانون التسجيل الجديد عريضة دعوى الصورية حتى يمنع بذلك المشترى الصورى من التصرف فى العقار للغير

وعلى ذلك نرى أن تسجيل عريضة الدعوى فى عهد قانون التسجيل الجديد أمر لازم حتى يمنع المشترى الصورى من التصرف . وأما اذا قيل ، كما يستفاد ذلك ظاهراً من العبارة المذكورة من المذكرة الايضاحية ، بأن فى حالة عدم تسجيل عريضة

الدعوى يرجع الى أحكام القضاء فى عهد القانون المدنى ، واذا سجلت يؤخذ بأحكام التسجيل الجديد ، فانه قول لا يستقيم قانوناً . لانه وقد صدر قانون التسجيل الجديد وقرر قاعدة تسجيل عريضة الدعوى وجب الاخذ بها فى كل حالة ترفع فيها الدعوى بطلب تأييد حق معين على عقار معين ، أو تأييد حق مطلق كحق الضمان العام المقرر للدائنين على أموال مدينهم

ونرى بنـاء على ما تقدم ضرورة اصلاح المادة ٧ واصلاح المذكرة الايضاحية واصلاح الترجمة العربية أيضاً [١]

ثالثـاً — أضافت المادة ٧ على الدعاوى الاربعة التى ذكرتهـا دعوى تثبيت الملكية [٢] وقالت بضرورة تسجيل عريضتها حتى تكون حجة على الغير . وقد سبق أن رأينا فى عهد القانون المدنى بأن الخلاف كان قائماً بشأن تقرير الاثر الرجعى للاحكام الصادرة فى دعاوى تثبيت الملكية . واستقر الرأى أخيراً من دائرة الدوائر المختلطة بحكمها الصادر فى ١٥ يناير سنة ٩١٤ [٣] بأن العقد الصادر للغير وقت النزاع والمسجل قبل تسجيل الحكم الصادر ضد البائع للغير ، نافذ على خصم البائع . وقد جاء الشارع هنا وأراد حماية المدعى فاباح تسجيل عريضة دعواه حتى يحول بذلك بين خصمه وتصرفه فى العقار المتنازع فيه اثناء قيام النزاع

---

(١) وفى ظننا انه كان يجب وضع المادة ٧ بالكيفية الآتية : « يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بمـا يقدم ضدها من الدعاوى التى يطالب فيها أصحابها الحـكم بزوال اثر التسجيل . فاذا كان المحرر الاصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى » وهو وضع بصيغة عامة تتناول جميع الحالات التى يطلب فيها اصحابها الحـكم بزوال أثر التسجيل . ولاشك ان يدخل فى هذه الصيغة الحالات الخمسة المنوه عنها بالمادة السابعة المذكورة والحالات الاربعة التى ذكرناها وهى دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية ودعوى تحقيق الامضاء أو صحة العقد . ودعوى شطب الرهن الرسمى . ويدخل فى هـذه الصيغة كل حالة اخرى يرمى فيها الدائن الى العمل على محو التسجيل وازالة اثره

(٢) revendication   (٣) اثبات الالتزامات لناج ٢ ص ٢٧٢

المبحث الثالث — فى آثار تسجيل عرائض الدعاوى

١٣٧ — يترتب على تسجيل عريضة الدعوى أنه اذا صدر حكم لمصلحة المدعى وسجله (المادة ١٠) أصبح الحكم نافذاً على الغير من وقت تسجيل عريضة الدعوى . أى أن للحكم أثراً رجعياً لا يتعدى تاريخ تسجيل عريضة الدعوى (المادة ١٢ الفقرة الاولى من قانون التسجيل) وأما من تقرر له من الغير حق على العقار وسجل عقده قبل تسجيل عريضة الدعوى فعقده نافذ على المدعى المحكوم له[1] . لان الغير لا يستطيع الوقوف على وجود نزاع الا من طريق تسجيل عريضة الدعوى

وتقول المادة ١٢ بالفقرة الاخيرة ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها» وتنصرف هذه الفقرة كما قررت ذلك المذكرة الايضاحية (النبذة ١٠ السابقة من المذكرة الايضاحية) الى جماعة الدائنين المرتهنين رهنا رسميا بحسن نية ثم قضى بعدم صحة تمليك المدينين الراهنين للعقارات . وهذا خاص بالقانون المختلط ، وما كان له محل بالقانون الاهلى . ولذا كان يجب حذف هذه الجملة من المادة الاهلية وابقاؤها بالقانون المختلط [2]

ولأجل أن يكون تسجيل عريضة الدعوى حجة على الأجانب يجب تسجيل عريضة الدعوى بقلم الرهون المختلط (المادة ١١ من قانون التسجيل)

المبحث الرابع — فى التسجيل الكيدى لعرائض الدعاوى

١٣٨ — يحصل أن يعمل المدعى على الكيد من خصمه والنيل منه فيرفع الدعوى ويسارع الى تسجيل العريضة فيعطل بذلك على خصمه حق التصرف فى العقار فى

(١) المذكرة الايضاحية ص ٣٦٢ و٤٦٣ النبذة ١٠ . — جازيت ص ٨٤ العامود الاول

(٢) راجع ما قلناه بشأن المواد المدنية المختلطة ٤٧ و ٤٨ و٧٨ و ١٠٧ و ١٧٦ و ١٦٧ و ٢٤٢ و ٣٤٠ و ٣٨٥ و ٤١٣ و ٤١٧ و٤٢٠ و٦٧٥ و ٧٤٧ .

ظروف مناسبة . لذا تدخل الشارع فى الامر وقرر القاعدة الآتية : « لكل طرف ذى شأن أن يطلب من قاضى الامور المستعجلة شطب التأشير أو التسجيل المشار اليه فى المادة السابعة . فيأمر به القاضى اذا تبين له أن ذلك التأشير أو التسجيل لم يطلب الا لغرض كيدى محض [١] » (المادة ٩) [٢]

تكملة

عنينا فى هذه الرسالة على الأخص بالمسئلتين الآتيتين : أولا « الالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل . وثانياً « آثار الاحكام الملغية للعقود بالنسبة للطرفين و بالنسبة للغير فى عهد القانون المدنى وفى عهد قانون التسجيل الجديد »

أما بالنسبة للمسألة الثانية فقد نقدنا شطرها الأول نقداً وأقمنا الحجة على خطر المنطق البحت اذا استخدم وحده أداة لحل الاشكالات القانونية ، دون الاستعانة بالاعتبارات العملية . وفى شطرها الثانى بينا نقص المادة السابعة من قانون التسجيل واضطراب المذكرة الايضاحية ، وعولنا فى معالجة النقص والاضطراب على ضرورة الرجوع الى الاعتبارات العملية والى الأخذ بالروح العامة لنظرية التسجيل فى الاوقات الحاضرة . ولم يبين لنا للآن القضاء المصرى أهلياً كان أو مختلطاً رأيه فيما يتعلق بهذه المادة السابعة . ولا بد عاجلاً أو آجلاً أن يظهر رأيه عندما ترفع اليه اشكالات من هذا النوع

أما بالنسبة للمسئلة الأولى الخاصة « بالالتزامات الشخصية » فقد أفضنا بهذه الرسالة فى شرح مرماها واتصالها بالاصول القانونية العامة و بروح التسجيل ، وأبنّا بأن الغرض منها الالتزامات التى تنشأ عن طبيعة العقد المعقود بين الطرفين والذى لم

---

(١) manifistement vexatoire (٢) راجع كتابنا فى الاموال ص ٥٩٤ ن ٦٤٨

يتسجل بعد ، وانها لا تستحيل فى الحال مطلقاً الى تعويض . انما تستحيل الى تعويض اذا تعذرت مطالبة المدين بالالتزام بالوفاء بنفس ما التزم به . وأما والوفاء العينى بالالتزام ممكن ، فيجب الحكم به . ورتبنا على هذه النظرية نتائجها القانونية فى مظاهرها العملية ، وأخصها الشفعة . و بينا أن القضاء الاهلى قضى أولا بحكم واحد بعدم جواز الشفعة فى عقد المشترى غير المسجل . وقضى أخيراً بأحكام خمسة بجواز الشفعة . وفى قضائه الأخير مما يتفق تمام الاتفاق مع المرمى الحقيقى « للالتزامات الشخصية » بما يؤيدنا فيما ذهبنا اليه . وأما القضاء المختلط فقد رأيناه فى حكمين يأبى الاخذ بما ذهبنا اليه وذهب اليه القضاء الاهلى فى تبيين المرمى الحقيقى « للالتزامات الشخصية » ورفض الحكم بالشفعة فى عقد المشترى غير المسجل . وقد نقدنا حكمه المسبب بأسباب منشورة ، و بينا وجهة الخلف بين وجهة نظرنا ووجهة نظره ، ورغبنا فى أن يعدل عن رأيه ، وأن يبحث هذه المسئلة فيما يتعلق بالشفعة ، لا بالرجوع الى أصول الشفعة عند فقهاء الشريعة ، كما فعل بحكمه المنشورة أسبابه والذى نقدناه ، بل يبحثها أولا بالرجوع الى أصول الشفعة المستفادة فى الوقت الحاضر من قانون الشفعة بالذات ، ومن الأصول القانونية العامة المقررة فى العلوم القانونية ، باعتبار الشفعة نظاماً مدنياً صرفاً ، قد تجنس بجنسية القانون المدنى ، وأصبح لا يتصل بمصدره الأصلى الا من الوجهة التاريخية فقط . و يبحثها ثانياً ، وهذا هو الأهم ، بالرجوع الى تحديد المرمى الحقيقى « للالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل ، تحديداً يتفق مع روح التسجيل ومع الاصول القانونية العامة .

قلنا قد تمنينا للقضاء المختلط أن يعدل عن رأيه فيما فصل فيه بشأن الشفعة ، وتمنينا ذلك حتى نعرف نحن مقدار ما عليه رأينا الذى أدلينا به من ضعف وقوة . تمنينا ذلك ، وما عتمنا أن قاربنا الانتهاء من طبع الصحف الاخيرة لهذه الرسالة حتى لاحت بوادر الأمل ، ووصلنا العدد الاخير من مجلة « جورنال المحاكم المختلطة » عدد ١٤ و ١٥ يونيو سنة ٩٢٦ ورقم العدد ٥٠٥ ، و به تفصيل لحكم صادر من محكمة

مصر المختلطة الكلية فى ٢١ يناير سنة ٩٢٦ بما يتفق مع وجهة نظرنا فى تعيين المرمى الحقيقى « للالتزامات الشخصية » حيث أباح مقاضاة المشترى للبائع لالزامه بالوفاء بما التزم به عينا ، وأجاز على ذلك تسجيل الحكم حتى تنتقل الملكية .

و بينما نحن نتحدث بهذا الحادث العلمى وتحقق الرغبة فى توحيد المذاهب العلمية فقهاً وقضاء ، أهلياً ومختلطاً ، الى أستاذ كبير فى المحاماة ، اذ أخبرنا هذا الاستاذ بحادث علمى آخر ، لم تنشره المجلات العلمية للآن ، فى دعوى كان يترافع هو فيها بالذات ، وذلك أن محكمة مصر الكلية المختلطة أصدرت حكما بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بصحة الشفعة فى عقد المشترى غير المسجل . ولقد سارعنا نحن الى قلم كتاب المحكمة وطلبنا صورة من هذا الحكم وأخرجناه الى اللغة العربية ولخصنا مبادئه القانونية كما سيأتى بعد

لهذين الحكمين ، حكم الالتزامات الشخصية ، وحكم الشفعة ، لم نر بداً من ضرورة الادلاء بتكملة فى نهاية الرسالة ، حتى يقف رجال القانون بمصر على مبلغ الحركة العلمية ، وما هى عليه من تطور ، وحتى تكون هناك مدعاة الى وزن الاصول القانونية وزناً يتفق مع روح القانون ، ومع الاعتبارات العملية . وانا نأمل من وراء ذلك تركيز العقائد القانونيـة لدى الافراد على أسس قوية لا يعتريها الاضطراب والقلق ، الامر الذى تترتب عليه الطمأنينة فى المعاملات ، واستقرار الحقوق

اما الحكمان المشار اليهما فهما ما يأتى :

١) الالتزامات الشخصية

الحكم الاول : قواعده القانونية :

١ — يترتب على « الالتزامات الشخصية » المقررة بالمادة الاولى من قانون التسجيل رقم ١٩ ، حق شخصى للمشترى الذى لم يتمكن من تسجيل عقده ، من مطالبة البائع ، واكراهه على تنفيذ عقد البيع ، أى نقل الملكية

٢ — لا يجوز للبائع عند عدم تسجيل عقد البيع ، أن يختار بمحض رغبته الحق فى الزامه بالتعويض فقط ، دون الزامه بتنفيذ البيع الصادر منه ، والا تهددت المعاملات بين الافراد من جراء عنت أحد العاقدين وتمسكه باختيار طريق ضار بالعاقد الآخر

٣ — الغرض الذى يرمى اليه الشارع فى وضعه لقانون التسجيل هو نفس الغرض الذى أرادته اللجنة البلچيكية المكلفة باعادة النظر فى القانون البلچيكى ، اذ ذكرت بتقريرها ما يأتى بالنص : « ان العقد الذى يلتزم به العاقد على نقل الملكية ، كعقد البيع والبدل والهبة ، لا يمكن أن يترتب عليه منطقياً للمشترى سوى مجرد حق شخصى[1] أو حق دائنية[2] يتمكن به من اكراه البائع على الوفاء بما التزم به ، أى اكراهه على نقل الملكية فعلا الى المشترى . أما هذا التسجيل فانه يحصل باجراءات شكلية قررها القانون بالذات[3] ومن شأنها اشهار الملكية واعلانها على الكافة » اهـ من التقرير

٤ — يترتب على تسجيل الحكم الصادر بصحة البيع ، نقل الملكية الى العاقد الآخر الذى لم يتسجل عقده

(ورد تفصيل هذا الحكم الصادر من محكمة مصر الكلية المختلطة بتاريخ ٢١ يناير سنة ١٩٢٦ ، بمجلة « چورنا المحاكم المختلطة » عدد ١٤و١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ ورقم العدد ٥٠٠ ص ٦ العامود الثانى والثالث . ولم ترد به أسباب الحكم نفسها وبالذات)

هذا هو الحكم الاول الذى أجاد فى بيان الالتزامات الشخصية ، وعلى الاخص فى نقله لعبارة هامة من تقرير اللجنة البلچيكية المشار اليها

---

(١) droit personnel
(٢) droit de créance
(٣) formalités légales

٢) الشفعة والتسجيل

الحكم الثانى وقواعده القانونية :

١ — العقد الرسمى الحاصل بعد العقد الابتدائى يعتبر مؤيداً لهذا الاخير

٢ — لا يجوز دفع دعوى الشفعة بالدفع الخاص بعدم جواز نظر الدعوى[1] عند عدم تسجيل عقد المشترى ، ولا يجوز القول بعدم جواز تصحيح الدعوى بتسجيل عقد البيع فيما بعد

٣ — لم يقل قانون الشفعة الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ بنصوصه المتعلقة بدعوى الشفعة فى ذاتها ، بانه يجب لصحة رفع الدعوى أن تكون موجهة ضد المالك[٢] بل قالت فقط بان ترفع الدعوى ضد البائع والمشترى[٣] وهاتان الصفتان تصدقان على البائع والمشترى ، حتى عند عدم تسجيل عقد البيع

٤ — من الخطأ البين أن يقال بان عقد البيع غير المسجل عقد بيع ناقص[٤] بل هو بيع كامل وصحيح . وكل ما هنالك أن نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع ، أصبح خاضعاً لاجراءات شكلية تنحصر فى تسجيل العقد . وعلى ذلك فالشفعة جائزة فى عقد المشترى غير المسجل

(هذا الحكم صادر من محكمة مصر الكلية المختلطة بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٢٦ ولم ينشر بعد بالمجلات القانونية الدورية . وقد استحضرنا نحن صورة منه ، ولخصنا منها هذه المبادئ الاربعة المنشورة)

وانا نلاحظ على هذا الحكم أنه لم يعالج المسألة الا فى موطن واحد دون الموطن الآخر . اذ عالجها من حيث قانون الشفعة ، دون الاشارة الى « الالتزامات الشخصية » والى تعيين بعد مرماها . وفعل هذا الحكم من حيث البحث والاستقصاء ، كما فعل

---

(١) exception d'irrecevabilité
(٢) propriétaire
(٣) acquéreur
(٤) vente irrégulière

حكم محكمة اسكندرية الكلية المختلطة الصادر فى ٢٨ فبراير سنة١٩٢٥[١] اذ قصر كلاهما البحث فى دائرة الشفعة دون التعرض لقانون التسجيل . ولذا يصح على هـذا الحكم الاخير الصادر من محكمة مصر ، ماوجهناه من النقد على الحكم الاول الصادر من محكمة اسكندرية[٢] وانا لندهش لذلك ، اذا لاحظنا على الاخص أن الاشكال يتصل بقانون التسجيل أكثر من اتصاله بحق الشفعة . وكان يجب أن تتجه جهود البحث الى قانون التسجيل والى مرمى « الالتزامات الشخصية » أكثر من اتجاهها الى الشفعة بالذات . ولقد ترتب على قصر جهود بحث القضاء المختلط فى دائرة الشفعة دون قانون التسجيل ، وهو يجاهد جهوداً ظاهراً فى تحقيق مبدأ جواز الشفعة ، اذا حصل اظهار الرغبة قبل تسجيل عقد المشترى[٣] أو اذا رفعت دعوى الشفعة قبل تسجيل عقد المشترى الذى تسجل فيما بعد وأثناء نظر الدعوى[٤] ، قد ترتب على ذلك أن تَعَمَّلَ هذا القضاء فى تفسير مواد الشفعة الواردة بقانون مارس سنة ١٩٠٠ تعملا ، تارة يأخذ به فى تفسير هذه المواد تفسيراً يرجع فيه الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية ، مع أن الشفعة اصبحت بمقتضى قانونها المسنون ، من النظم المدنية الخاضعة للاصول المقررة بقانونها الخاص بها ، وللاصول العامة المستفاذة من العلوم القانونية العصرية ؛ وتارة يتعمل فى سبيل تأييد طريقته ، الى تفسير مواد قانون الشفعة تفسيراً لا يتفق مطلقاً مع ارادة الشارع التى كانت تسوقه وهو يضع قانون الشفعة . وذلك أن حكم محكمة مصر يقول بأن واضع قانون الشفعة لم يشترط أن ترفع الدعوى ضد البائع والمالك[٥] بل اشترط أن ترفع ضد البائع والمشترى[٦] (المادة ١٥ من قانون الشفعة) ويريد الحكم بذلك أن يقول بأن دعوى الشفعة المرفوعة قبل تسجيل عقد المشترى وقبل أن يصبح مالكا ، صحيحة فى شكلها ، ما دام أنها مرفوعة ضد المشترى ، ولا عبرة بما اذا كان

---

(١) انظر صفحة ٢٨ من هذه الرسالة والهامش ٢ (٢) انظر هذا النقد ص ٢٩ — ٣٣ من هذه الرسالة (٣) حكم محكمة اسكندرية (٤) حكم محكمة مصر

(٥) propriétaire (٦) acquéreur

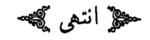
قد أصبح مالكا أو غير مالك . مع أن هذا التعليل فى ذاته لا يتفق مع الغرض الذى كان يرمى اليه الشارع عند ماوضع قانون الشفعة سنة ١٩٠٠، اذ كان يريد فى ذلك الحين من المشترى ، المشترى المالك ، لا المشترى غير المالك . لان قانون التسجيل لم يكن قد وضع بعد ، ولم يوضع الا بعد وضع قانون الشفعة بمدة ٢٣ سنة . وعلى ذلك تكون كلمة المشترى فى سنة ١٩٠٠ ترمى الى المشترى المالك حتما . ويستحيل على الشارع فى سنة ١٩٠٠ أن يضع مواده بطريقة تتفق مع قانون لم يوضع بعد (وهو قانون التسجيل) ولا يعرف متى يوضع ، وعلى أى شكل يوضع . — واذا أردنا نحن أن نتبع طريقاً معقولا ومنطقياً فى مجال تفسير القوانين تفسيراً علمياً فنياً صحيحاً ، أن نفسر القانون الحاضر ، قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ تفسيراً دقيقاً تخضع له القوانين السابقة عليه ، ومنها قانون الشفعة سنة ١٩٠٠ بمعنى أن القانون الحاضر هو الذى يحكم القوانين السابقة ، وهو الذى يقرر لها أصولا ومبادئ تجعلها خاضعة له ومتماسكة معه ؛ لا أن نجعل القانون الحاضر خاضعاً للقوانين السابقة . وعلى ذلك كان يجب فى مثل هذه الأحوال أن تفسر عبارة « الالتزامات الشخصية » الواردة بقانون التسجيل الجديد تفسيرا عاماً يصح أن يتمشى فى نتائجه القانونية على جميع المظاهر العملية الخارجية ، وأخص هذه المظاهر « الشفعة وعقد المشترى غير المسجل » وبذا تصبح القوانين الحاضرة مع القوانين السابقة مرتبطة برابطة الانسجام والوحدة فى المعنى ، بحيث لا يشعر الباحث بتنافر فى تقرير الاحكام العامة للكل ، أو بتعمل ظاهر يرمى الى معالجة التنافر .

وعلى ذلك اذا كان شارع سنة ١٩٠٠ لا يريد من المشترى بالمادة ١٥ الا المشترى المالك ، ولم يرد المشترى غير المالك الذى لم يكن معروفاً فى ذلك الحين والذى لم يعرف الا فى سنة ١٩٢٣ ، اصبح من المعقول ان يقال بان شارع سنة ١٩٢٣ هو الذى قال وحده بالمشترى غير المالك ، وهو المشترى الذى استقرت له حقوق بشأن العقار دون ان يصبح مالكا له . ولا يكون مالكا له الا بعد عملية التسجيل . وبما ان فى الشفعة احلالا للشفيع محل المشترى فيما تقرر لهذا الاخير من الحقوق بشأن العقار

المشفوع فيه (المادة ١٣ الفقرة الاولى) ، فما على المشترى الا ان يتخلى عن حقوقه المترتبة له ليحل الشفيع محله فيها ، باعتبار الشفيع هذه المرة مشتريا من البائع لا مشتريا من المشترى (المادة ١٣ الفقرة ٣)

هذا ويجب ان لا ننسى ما لهذا الحكم الذى نحن بصدده من الاهمية فيما قرره بالنسبة للمبدأ الرابع ، فى ان عقد البيع غير المسجل ، عقد بيع صحيح كامل . وكل ما فيه ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل . وهو مبدأ يتفق مع ما قررناه وقرره الحكم الاول بالنسبة للالتزامات الشخصية ، فى انه يترتب على العقد غير المسجل حقوق وواجبات يرجع فيها الى طبيعة كل عقد

هذا والامل معقود فى ان تتوحد الآراء القانونية فى القضاءين ، الاهلى والمختلط ، فيما يتعلق باشكالات قانون التسجيل الجديد . وأن لا يقف التوحيد فى الرأى عند القضاءين فحسبُ ، بل نود ان يكون الفقه من جانبه هو الآخر مؤيداً لهما أيضا ؟



التسجيل

وحماية المتعاقدين والغير

انتهى الفهرس

